

Børsens sanksjoner og forholdet til EMK

En analyse av konvensjonens betydning for halvoffentlige
institusjoner

Kandidatnr: 247

Veileder: Marius Emberland

Leveringsfrist: 25.11.2004

Til sammen 12869 ord

06.12.2004

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	PROBLEMSTILLING	1
1.2	AVGRENSNINGER OG BEGREPSAVKLARINGER	5
1.2.1	MITT TEMA SOM REPRESENTASJON FOR ET STØRRE PROBLEMFELT	5
1.2.2	BEGREPSAVKLARINGER	6
1.3	METODISKE SPØRSMÅL	7
<u>2</u>	<u>KORT OM BØRSEN OG BØRSENS SANKSJONER</u>	<u>10</u>
2.1	BØRSEN OG DENS OPPGAVER	10
2.2	BØRSENS SANKSJONER	12
<u>3</u>	<u>ULIKE GRUNNLAG FOR ANVENDELSE AV EMK PÅ BØRSENS SANKSJONER</u>	<u>15</u>
3.1	UTGANGSPUNKTET – STATENE SOM PLIKTSUBJEKTER	15
3.2	BØRSENS ANSVAR SOM OFFENTLIG ORGAN	17
3.2.1	PROBLEMSTILLING - ER BØRSEN ET OFFENTLIG ORGAN I KONVENSJONENS FORSTAND?	17
3.2.1.1	Formell klassifisering/nasjonal klassifisering	19
3.2.1.2	Det offentliges styringsmuligheter og innblanding i organet	21
3.2.1.3	Funksjonell klassifisering	23
3.2.1.4	Grunnlaget for organets kompetanse/myndighet	29
3.2.1.5	Organets finansiering	30
3.2.1.6	Oppsummering	31
3.3	KONVENSJONENS BETYDNING VED PRIVATE KRENKELSER	32
3.3.1	STATENES POSITIVE FORPLIKTELSE OG KONVENSJONENS TREDJEPARTSVIRKNING	33
3.4	KONKLUSJON	39
<u>4</u>	<u>KAN BØRSENS SANKSJONER ANSES SOM STRAFF I EMKS FORSTAND</u>	<u>40</u>
4.1	INNLEDNING	40
4.2	EMDS TOLKNING AV BEGREPET STRAFF	41
4.3	KONKLUSJON	50

<u>5</u>	<u>OPPSUMMERING</u>	<u>51</u>
<u>6</u>	<u>KILDER</u>	<u>53</u>
6.1	RETTSPRAKSIS	53
6.2	LITTERATUR	55

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Hovedproblemstillingen i denne avhandlingen er børsens sanksjoner og forholdet til enkelte av bestemmelsene i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (heretter EMK eller konvensjonen). Det spørsmål jeg ønsker å besvare er om EMK innebærer forpliktelser for offentlige myndigheter som det må tas hensyn til når børsen ilegger sine sanksjoner. Norsk rett har lenge operert med et paradigme hvor det har vært antatt at sanksjoner av den typen børsen ilegger ("sivilrettslige" sanksjoner) ikke er omfattet av de krav EMK stiller i straffesaker. Det har imidlertid skjedd en utvikling på dette området, både internasjonalt¹ og her hjemme², som gjør at det kan være grunn til å sjekke holdbarheten av denne antagelsen.

EMK stiller grunnleggende krav til konvensjonspartene når det gjelder straffesiktelsener og ileggelse av straff, herunder krav om rettferdig rettergang og forbud mot dobbeltstraff (ne bis in idem).³ Spørsmålet jeg stiller er altså om disse kravene også

¹ Se f.eks. i avsnitt 3.2.1.3 om Human Rights Act av 1998, vedtatt i Storbritannia, og som har avstedkommet mye debatt om dens anvendelsesområdet i "den private sfære." Problemstillingen rundt administrative organer og ileggelse av diverse typer av reaksjoner og disiplinærvedtak har for så vidt vært behandlet av Den europeiske menneskerettighetsdomstolen i over 30 år.

² Stadig flere saker som berører forholdet til EMK og dens begreper "criminal charge" og "criminal proceeding" har kommet opp for Høyesterett de senere år. Mest oppmerksomhet har vært rettet mot saker om tilleggsskatt etter ligningsloven, se f.eks. Rt 2000 s. 996, Rt. 2002 s. 557 og Rt. 2002 s. 509, men også andre temaer har vært berørt. Høyesteretts dom av 8. september 2004 (HR-2004-01487-A) omhandler for eksempel suspensjon av legelicens, mens Rt. 2002 s. 1007 omhandler gebyr ilagt av Oslo Sporveier og etterfølgende straffesak for brudd på strl. § 403. Se også Rt. 2002 s. 1037 og Rt. 2002 s. 1216 (beslag/inndragning av førerkort), Rt. 2002 s. 1271 (inndragning), Rt. 2003 s. 394 og Rt. 2003 s. 1100 (rett til dagpenger) og Rt. 2003 s. 1221 (konkurskarantene).

³ Konvensjonspartene er medlemsstatene i Europarådet. I Norge er konvensjonens bestemmelser gjort til norsk lov ved menneskerettsloven, lov av 21. mai 1999.

gjelder for sanksjoner som børsen ilegger i medhold av børslovens kapittel 5.⁴ Denne problemstillingen er overhodet ikke nevnt i forarbeidene til børsloven,⁵ til tross for at børsloven er av relativ ny dato. Så vidt meg bekjent er den heller ikke behandlet i norsk rettsvitenskap til nå.⁶

Hovedproblemstillingen i denne avhandlingen reiser flere underliggende problemstillinger. For det første må det avklares om EMK i det hele tatt stiller krav til en institusjon som Oslo Børs. EMK har tradisjonelt blitt forstått som å stille krav til offentlige myndighetsorganer og personer i offentlig tjeneste, mens børsen etter norsk intern rett regnes for å være et privat rettssubjekt.⁷ Samtidig regnes sanksjonene som børsen ilegger i medhold av børslovens kapittel 5 for å være utøvelse av offentlig myndighet, slik at forvaltningslovens saksbehandlingsregler kommer til anvendelse. Jeg kommer nærmere tilbake til dette i kapittel 2 om børsen. Spørsmålene jeg stiller er for eksempel om denne utøvelsen av offentlig myndighet kan medføre at konvensjonens bestemmelser kommer til anvendelse, selv om myndighetsutøvelsen blir utført av et ”privat” organ. Lovgiverne var av den oppfatning at rettsikkerhetshensyn tilsa at forvaltningslovens saksbehandlingsregler burde komme til anvendelse på børsens sanksjoner. Å strekke tanken et hakk lenger, og spørre om også rettergangsreglene i EMK må komme til anvendelse har hittil ikke blitt gjort.⁸ Rent intuitivt ville jeg anta at når sanksjonene går for å være offentlig myndighetsutøvelse, så vil også staten i prinsippet være ansvarlig for myndighetsutøvelsen. Og statene må jo forholde seg til EMK. Som jeg kommer nærmere tilbake til i pkt 3.2, er imidlertid dette spørsmålet komplisert og også uavklart.

⁴ Lov av 17. november 2000 nr. 80 om børsvirksomhet m.m. (børsloven).

⁵ Forarbeidene er NOU 1999:3, Ot. Prp. Nr. 73 (1999-2000) og Innst. nr. 3 (2000-2001).

⁶ I det hele er rettskildematerialet på en del av de spørsmålene jeg forsøker å besvare nokså sparsomt, i hvert fall så lenge man snakker om autoritative rettskilder. Jeg kommer tilbake til dette i punkt 1.3.

⁷ Børsen er etter børslovens § 3-1 organisert som et allmennaksjeselskap.

⁸ Både børs- og verdipapirlovgivningen er gjenstand for stadige endringer, slik at det i og for seg har vært flere anledninger til å endre nåværende lovgivning dersom man mente at den stod i et problematisk forhold til EMK. At dette ikke er blitt gjort, tar jeg som et signal på at myndighetene enten mener dagens

Videre må det avklares om staten kan ha et ansvar for sanksjoner som børsen ilegger som privat institusjon. Ansvar kan her tenkes på forskjellige grunnlag; staten kan ha ansvar for lovgivningen, for domstolene og for evt. strafferettslig behandling m.v. For en fullstendig analyse av hovedproblemstillingen er det også nødvendig å ta stilling til i hvilken grad EMK kan sies å gjelde direkte mellom private parter, eller direkte mellom børsen og den sanksjonerte part. Spørsmålet om horisontal virkning av EMK har vært et av de mest debatterte i rettsvitenskapen omkring EMK de senere år. Spørsmålet kan ikke sies å være endelig avklart, men tendensen har gått i retning av at konvensjonen er blitt stadig mer relevant i mellom-private forhold.

Endelig må det avklares om børsens sanksjoner kan regnes som straff i EMKs forstand. Den europeiske menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg (heretter EMD eller Domstolen, evt. Kommisjonen⁹) fastslo tidlig at "straff" var et autonomt begrep, og ikke kunne løses under henvisning til den interne retten alene.¹⁰ Spørsmålet om de sanksjonene børsen ilegger kan karakteriseres som "straff" er antakelig den av problemstillingene som i størst grad er avklart gjennom praksis i EMD.

Dersom bestemmelsene i EMK får anvendelse på sanksjonene som børsen ilegger, vil det muligens være nødvendig med en revisjon av regelverket for å sørge for at dette

lovgivning er grei, eller at de rett og slett ikke er klar over problemstillingen. Det er også en mulighet for at de venter på en avklaring på spørsmålet fra menneskerettighetsdomstolen.

⁹ Frem til domstolsreformen trådte i kraft 1. november 1998 begynte alle klagesaker i Den europeiske menneskerettighetskommisjonen. Saksbehandlingen for Kommisjonen bestod av to faser; først fattet den vedtak om hvorvidt saken skulle avvises, og hvis dette ble resultatet var saken endelig avsluttet. Dersom klagen ikke ble avvist, gikk Kommisjonen inn på realiteten og gav sin vurdering av om konvensjonen var krenket. Endelig avgjørelse om realiteten ble så enten truffet av Europarådets ministerkomité eller av Domstolen (dersom vedkommende stat hadde anerkjent dens kompetanse). Etter opprettelsen av den nye permanente domstolen ble Kommisjonen nedlagt, og Domstolen er nå det eneste organet som tar standpunkt til avvisnings- og realitetsspørsmål etter EMK. Ministerkomitéen fører fortsatt tilsyn med om statene gjennomfører Domstolens avgjørelser.

¹⁰ Jf. *Engel mfl mot Nederland* A 22 (1976).

ikke strider mot EMK. Det er særlig to bestemmelser i EMK som etter mitt syn kan stå i et problematisk forhold til gjeldende regelverk. Den ene er EMK art. 6 om retten til en rettferdig rettergang. Børsens sanksjoner ilegges av børsens styre etter forvaltningslovens regler om enkeltvedtak, og med en klageadgang til børsklagenemnda.¹¹ Spørsmålet er om dette tilfredsstiller de krav EMK art. 6 stiller bl.a. om rett til offentlig rettergang ved en uavhengig domstol og de minimumskrav som gjelder for straffesaker. Den andre bestemmelsen er tilleggsprotokoll 7 art. 4 om retten til ikke å bli stilt for retten eller straffet to ganger ("ne bis in idem"). Slik regelverket er nå er det ingen tvil om at en og samme handling i enkelte tilfeller kan føre til både sanksjoner fra børsen og strafferettslig forfølgning, jf. eksempelvis børsloven § 9-1 andre ledd og verdipapirhandelloven § 14-3.¹²

Problemstillingene jeg drøfter i denne avhandlingen er del av et større problemkompleks som omhandler hvorvidt eller i hvilken grad EMK gjelder i det Andrew Clapham kaller "den private sfære",¹³ eller mellom to (eller flere) private parter. Clapham peker på flere tendenser som forklaring på hvorfor EMK i økende grad har fått relevans i mellom-private forhold.¹⁴

For det første har samfunnsutviklingen medført en konsentrasjon av makt hos grupper som ligger utenfor det tradisjonelle statsapparatet, som for eksempel store internasjonale foretak, private organisasjoner og interessegrupper. Og det er liten grunn til å skille mellom maktmisbruk av offentlige og private parter, i hvert fall fra ståstedet til den krenkelsen går ut over.

Og videre har tilstedeværelsen av overnasjonale faktorer medført at sontringen mellom stat og individ ikke lenger er tilstrekkelig som forklaringsmodell i dagens samfunn. I tillegg til de årsakene Clapham viser til, er også en økende grad av privatisering og

¹¹ Mer om dette i pkt 2.2 nedenfor.

¹² Lov av 19. juni 1997 nr. 79 om verdipapirhandel.

¹³ Andrew Clapham, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, 1993.

¹⁴ Clapham, op. cit. s. 137-138.

forskjellige former for samarbeid mellom det offentlige og det private med på viske ut grensene mellom det private og det offentlige. Dersom menneskerettighetsorganene ikke tok hensyn til en slik utvikling, vil menneskerettighetene gradvis kunne miste sin relevans.

Børsen som institusjon har etter min oppfatning en nær tilknytning til både offentlige myndigheter og det offentlige liv for øvrig, og når utviklingen i EMK-retten medfører at EMK kan ha relevans utover et tradisjonelt individ/stat forhold, vil nettopp organer av denne typen være særlig ”utsatt”. Som eksempel på andre aktiviteter og problemstillinger som lett kan få en EMK-rettslig relevans kan nevnes idretten og dens sanksjonssystemer for alt fra doping til kommentarer mot dommere, eksklusjonsprosesser i foreninger og politiske partier¹⁵ og privatpersoners og interessegruppers tilgang til spalteplass i uavhengige medier. Men EMK kan også ha en relevans for forhold mellom to individer, i hvilken grad kan for eksempel en person ha rett til privatliv overfor ektefelle eller overfor andre privatpersoner? Noe av hensikten med denne oppgaven er nettopp å kunne bidra til en økt fokus i Norge og norsk rettsvitenskap på denne typen problemstillinger. Som vi vil se er en rekke av problemstillingene jeg drøfter i denne avhandlingen uavklarte, og konklusjonene usikre. Med en større bevissthet omkring disse problemkompleksene vil man kanskje også kunne bidra til større avklaring når det gjelder løsningen på disse spørsmålene.

1.2 Avgrensninger og begrepsavklaringer

1.2.1 Mitt tema som representasjon for et større problemfelt

Temaet børsen og forholdet til EMK reiser omfattende og kompliserte problemstillinger, og løsningene på spørsmålene er som nevnt ofte uavklarte. Innenfor rammene av en tvektalls oppgave har det ikke vært anledning til å ta stilling til, og gi en fullstendig analyse av alle spørsmålene dette temaet reiser. Problemstillingene er like fullt viktige, og de har relevans i et videre perspektiv enn bare for børsens sanksjoner. Slik sett kunne oppgaven like gjerne ha omhandlet idrettens sanksjonsregler eller eksklusjonsprosesser i private organisasjoner. Noe av hensikten med oppgaven har vært

nettopp å klargjøre hvordan menneskerettighetene og EMK kan ha relevans utenfor de rammene man vanligvis henviser menneskerettighetene til. Derfor har jeg også valgt å legge fokus mer på bredt anlagte problemstillinger, og hvordan rettskildematerialet kan gi grunnlag for å anvende menneskerettighetene utenfor en klassisk individ/stat-konstellasjon. Konklusjonene og de faktiske forholdene vedrørende børsen som institusjon har således vært av underordnet betydning, selv om dette naturligvis også berøres. Uansett vil det være opp til andre enn meg (lovgiver/domstoler/EMD) å ta endelig stilling til hvordan problemstillingene i forhold til børsen skal løses.

Av samme grunn har jeg også valgt å kun skissere noen av bestemmelsene og prinsippene i EMK som kan stå i et problematisk forhold gjeldende regelverk på området.

I forlengelsen av spørsmålet om børsens sanksjoner og forholdet til EMK, kunne det også vært naturlig å drøfte det særlige spørsmålet om børsklagenemndens sanksjonsvedtak og forholdet til EMK. Til en viss grad har jeg behandlet dette samtidig med drøftelsen av børsen. Slik jeg ser det, er børsklagenemnden et særlig bindeledd mellom børsen som privat organ og det offentlige. Når børsklagenemnden for eksempel kan overprøve børsens hensiktsmessighetskjønn når det gjelder ileggelsen av sanksjoner, har jeg altså ment at det også er naturlig å vurdere børsklagenemndens funksjon (se pkt. 3.2.), men noen fullkommen analyse vil ikke bli gjennomført på dette punktet. Det kan også vurderes hvorvidt børsklagenemnden kan være en domstol i EMK art. 6 forstand, og om saksbehandlingen her kan tilfredsstille kravene om rettfærdig rettergang, men jeg velger altså å avgrense mot spesifikke problemstillinger når det gjelder børsklagenemndens vedtak.

1.2.2 Begrepsavklaringer

Det kan også være på sin plass med en begrepsavklaring når det gjelder enkelte sentrale uttrykk i oppgaven. For det første kan det pekes på at jeg med børsens sanksjoner sikter til de vedtak børsen kan fatte når det gjelder suspensjon, strykning, ileggelse av

¹⁵ Jf. den såkalte FRP-saken, Borgarting lagmannsretts kjennelse av 16. januar 2001 (LB-2000-03772).

overtredelsesgebyr m.v., i medhold av børslovens §§ 5-5, 5-8, 5-9, 5-12 og 5-13. Det er grunn til å understreke at ikke ethvert vedtak basert på disse bestemmelsene vil være sanksjoner, f.eks. når et vedtak fattes på bakgrunn av at vedkommende ikke lenger tilfredsstiller lovens vilkår. Nå kan riktignok EMK være relevant også for slike avgjørelser, men i denne oppgaven har jeg valgt å fokusere på de vedtakene som er av mer pønal karakter.

Et annet begrep som benyttes mye er offentlig organ. Med dette begrepet mener jeg de organene som statene må svare for etter folkeretten og EMK spesielt, og altså ikke til en eventuell internrettslig forståelse av hva et offentlig organ er.¹⁶ Et annet uttrykk som ofte brukes i denne sammenheng er statsorgan,¹⁷ men dette uttrykket skjuler at staten kan være ansvarlig for organer på kommunalt og regionalt nivå. Også internasjonalt blir det brukt flere forskjellige begreper. Clapham snakker for eksempel om ”organ of the State”,¹⁸ mens den britiske Human Rights Act av 1998 bruker uttrykket ”public authority”.¹⁹ I USA blir ”agency of the State” eller ”government agents” gjerne benyttet.²⁰ Med uttrykket offentlig organ ønsker jeg også å inkludere eventuelle andre organer som normalt ikke vil kunne karakteriseres som et statsorgan, men som statene kan bli ansvarlige for etter for eksempel en funksjonell forståelse av begrepet (se punkt 3.2.1.3).

1.3 Metodiske spørsmål

Denne avhandlingen har i hovedsak bestått i å analysere EMK-retten og ved dette å forsøke å finne et grunnlag for å anvende EMK på de sanksjonene børsen ilegger. Ved tolkningen av EMK vil de prinsipper som Den europeiske menneskerettighetsdomstolen

¹⁶ Jf. f.eks. forvaltningsloven og offentlighetsloven. Statene vil ikke bare kunne være ansvarlige for ”organer”, men også for tjenestemenn og andre enkeltpersoner. For enkelthets skyld vil jeg stort sett benytte begrepet offentlige organer også når f.eks. tjenestemenn strengt tatt burde vært tatt med.

¹⁷ Jf. Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, Oslo 1998 s. 223.

¹⁸ Clapham, op. cit. s. 92.

¹⁹ Om dette se pkt 3.2.1.3.

²⁰ Se f.eks. *Pennsylvania mot Board of Directors of Trusts*, 353 U.S. 230 (1957)

benytter seg av ved avgjørelsen av saker bli benyttet.²¹ Ettersom EMK er en folkerettslig traktat, vil et naturlig utgangspunkt for tolkningen være Wien-konvensjonen om traktatretten.²² Det fremgår av dennes art. 31 nr. 1 at bestemmelsene blant annet skal tolkes ut i fra ”their context and in the light of its object and purpose.” Domstolen legger også stor vekt på tidligere avgjørelser, og den er nok mer presedens-tro enn norske domstoler.²³ Spesielt inneholder konvensjonen en del autonome begreper, hvor Domstolens tidligere avgjørelser vil ha stor betydning. Også internasjonal rett og forarbeidene kan etter omstendighetene få betydning.²⁴

I tillegg til de tradisjonelle folkerettslige tolkningsmomentene har Domstolen utviklet tolkningsprinsipper som er spesielle for EMK, som særlig kan ses i sammenheng med Domstolens teleologiske metode. Sentralt for tolkningen er blant annet effektivitetsprinsippet, som kan føre til en utvidende tolkning av rekkevidden og innholdet av konvensjonen. I en rekke saker er det blitt understreket at konvensjonen ”is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective”.²⁵ Prinsippet innebærer blant annet at Domstolen vil fokusere på

²¹ For en nærmere gjennomgang av Domstolens tolkning av EMK, se Frode Elgesem, *Tolkning av EMK – Menneskerettsdomstolens metode*, I: Lov og Rett 2003 nr. 4/5 s. 203-230.

²² Traktat av 23. mai 1969. Traktaten er i stor grad en kodifikasjon av folkerettslig sedvanerett, og er referert til av Domstolen flere ganger, se f.eks. *Golder mot Storbritannia*, A 18 (1973).

²³ Se for eksempel artikkelen til EMDs nåværende president, Luzius Wildhaber, *Precedent in the European Court of Human Rights*, I: Protection des droits de l'homme : la perspective européenne : mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal/Protecting human rights : the European perspective : studies in memory of Rolv Ryssdal (Festskrift til Rolv Ryssdal), édité par/edited by Paul Mahoney ... [et al.], Köln, 2000 s. 1529-1545.

²⁴ Jf f.eks. *Al-Adsani mot Storbritannia*, Reports of Judgements and Decisions (heretter Reports) 2001-XI, hvor Domstolen fremhever at ”[t]he Convention (...) cannot be interpreted in a vacuum. The Court must be mindful of the Convention’s special character as a human rights treaty, and it must also take the relevant rules of international law into account”. *Bankovic mfl mot Belgia mfl*, avgjørelse av 12. desember 2001, applic. no. 52207/99 viser hvordan Domstolen etter omstendighetene også kan benytte forarbeidene som tolkningsmiddel (dog med noen reservasjoner).

²⁵ Jf. eksempelvis *Airey mot Irland*, A 32 (1979).

realitetene slik disse fremtrer for individene, istedenfor kun å legge formelle utgangspunkter til grunn.²⁶

I sammenheng med effektivitetsprinsippet står også prinsippet om en dynamisk tolkning, jf *Tyrer mot Storbritannia*, hvor domstolen uttaler at konvensjonen er ”a living instrument which (...) must be interpreted in the light of present day conditions.”²⁷

Utviklingen i samfunnet kan altså føre med seg nye plikter som de enkelte statene må forholde seg til.²⁸

Ved enkelte problemstillinger hvor rettskildematerialet har vært sparsomt når det gjelder de tradisjonelle tolkningsfaktorene, har jeg også søkt løsninger i rettskilder som normalt ikke kan tillegges nevneverdig vekt ved tolkningen av EMK. Dette gjelder spesielt det materialet jeg viser til fra anglo-amerikansk rett. Disse kildene bruker jeg dels for å eksemplifisere hvordan de samme spørsmål blir besvart andre steder enn i EMK-retten, men det er samtidig klart at det vil være mange av de samme underliggende hensyn som gjør seg gjeldende ved tolkningen av EMK. Til en viss grad vil bruken av slike eksterne kilder kunne påvirke konklusjonene, i den forstand at disse blir mer usikre enn om kildene kun hadde vært fra tradisjonelle tolkningsmomenter. Det har likevel vært nødvendig å vise til disse kildene for å få til en tilfredsstillende drøftelse av enkelte problemstillinger.

Ettersom EMK først og fremst vil få betydning dersom sanksjonene kommer inn under konvensjonens straffebegrep, kunne det være naturlig å behandle denne problemstillingen først. Spørsmålet om børsen er et offentlig organ, og om det kan oppstilles positive forpliktelser for statene er imidlertid også helt sentralt for om

²⁶ For mer om effektivitetsprinsippet, se Pieter van Dijk og G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3. utg., Haag, 1998 s. 74 flg.

²⁷ A 26 (1978).

²⁸ Se mer om dynamiske tolkning i Søren Prebensen, *Evolutionary interpretation of the European Convention on Human Rights*, I: Protection des droits de l'homme : la perspective européenne : mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal/Protecting human rights : the European perspective : studies in memory of Rolv Ryssdal (Festschrift til Rolv Ryssdal), edité par/edited by Paul Mahoney ... [et al.], Köln, 2000 s. 1123 flg.

konvensjonen i det hele tatt kommer til anvendelse. Dels gjelder disse spørsmålene adgangskriterier for å få saker opp for Domstolen, og jeg har derfor valgt å behandle disse først.

2 Kort om børsen og børsens sanksjoner

2.1 Børsen og dens oppgaver²⁹

Kjernen i børsens virksomhet er å organisere kursnotering og handel med finansielle instrumenter.³⁰ Gjennom handelen med finansielle instrumenter er børsen med på å skaffe til veie risikovillig kapital og lånekapital til næringsliv og andre institusjoner, noe som er en viktig faktor for å skape økonomisk vekst. Børsen er derfor også en viktig samfunnsøkonomisk institusjon,³¹ noe som også gjenspeiles i det offentlige myndigheters engasjement i børsens virksomhet og handelen med finansielle instrumenter. I prinsippet kunne børsen fungert som en rent privatrettslig møteplass for kjøper og selger, hvor avtaler og handler ble gjennomført med bakgrunn i avtalefriheten og avtalerettslige prinsipper. Det var også slik de første børsene fungerte da de oppstod i Nord-Italia og Flandern på 1500-tallet.³² Det offentliges regulering og tilsyn med børsens virksomhet antas imidlertid å ha en positiv effekt på markedet, bl.a. styrker det markedssaktørenes tillit til at børsvirksomheten foregår innen rammer som gjør det forsvarlig å foreta investeringer.

Børsens virksomhet kan i dag sies å være regulert på tre nivåer. På øverste nivå har vi børsloven, som fastsetter de generelle prinsippene organisering og drift av børser. Den

²⁹ For en nærmere drøftelse av børsen og dens oppgaver vises til NOU 1999:3 kap 20.

³⁰ Jf. NOU 1999:3 kap 21.1.1. Begrepet finansielle instrumenter er nærmere definert i verdipapirhandelens § 1-2.

³¹ For en nærmere gjennomgang av børsens samfunnsøkonomiske betydning, se f.eks. NOU 1999:3 kap 5

³² Jf. NOU 1985:33 s. 11. De første børsene i Norge ble opprettet i Christiania og Trondheim i 1819, og var allerede da lovregulert. Det har siden vært børser i flere norske byer, men siden 1991 har Oslo Børs vært eneste børs i Norge.

nærmere reguleringen av børsen er fastsatt i forskrifter, hvor særlig børsforskriften³³ står sentralt. På det nederste nivået har vi børsens handelsregler, som er børsens egen regulering av forholdet mellom børsen og dens brukere.³⁴ Handelsreglene er privatrettslige forretningsvilkår som dels gir ytterligere regulering av forhold som er regulert i lov og forskrift, og dels regulering av andre forhold. Handelsreglene kan imidlertid ikke stride mot reguleringer på et høyere nivå.

Etter børslovens § 3-1 må børsen være organisert som allmennaksjeselskap. Etter børslovens § 1-1 er lovens formål å ”legge til rette for effektive, velordnede og tillitvekkende markeder for finansielle instrumenter.” Dette formålet samsvarer også med børsens hovedoppgave. Børsens organiserer og driver en markeds plass for handel og kursnotering av aksjer og andre verdipapirer, blant annet ved å etablere og vedlikeholde en infrastruktur for kursnotering og handel gjennom børsens elektroniske handelssystemer.

I tillegg til drift og organisering av markeds plassen har børsen en rekke andre oppgaver som står i mer eller mindre direkte tilknytning til hovedoppgaven. For det første fører børsen tilsyn med markedsaktørene, særlig at børsmedlemmene³⁵ og utstederne av verdipapirene opptrer i henhold til gjeldende regelverk. Børsen skal også samarbeide med det offentlige myndighetenes tilsyn med verdipapirmarkedet, jf. eksempelvis verdipapirhandelens § 12-1. Ved brudd på regelverket har børsen kompetanse til å illegge nærmere angitte sanksjoner. Disse sanksjonene vil bli drøftet nærmere i pkt. 2.2. Videre sørger børsen for at visse minimumsvilkår er oppfylt for de verdipapirer som noteres på børsen, og for dem som skal delta direkte i handelen i børsens handelssystem.

³³ Forskrift av 17. januar 1994 nr. 30.

³⁴ Det er selvfølgelig også andre regelverk enn de jeg har nevnt her som påvirker børsens virksomhet, f.eks. EU-rettslige regler, bestemmelser i verdipapirhandelloven og andre lover, osv. Og temaet i denne avhandlingen er hvorvidt bestemmelsene i EMK kommer til anvendelse på børsens sanksjoner.

Disse oppgavene er dels av offentligrettslig karakter og dels privatrettslig karakter, noe som har ført til at Knut Bergo har gitt Børsen karakteristikken ”halvoffentlig institusjon”.³⁶ Prinsipielt er det imidlertid viktig å holde fast ved utgangspunktet om at Oslo Børs er et privat rettssubjekt, organisert som et allmennaksjeselskap og med eget styre.

2.2 Børsens sanksjoner

Etter børsloven er børsen som nevnt gitt kompetanse til å ilegge nærmere angitte sanksjoner for brudd på regelverket i børsloven, børsforskriften og børsens egne handelsregler. Adressat for sanksjonene er børsmedlemmene og børsnoterte finansielle instrumenter.³⁷ Hjemmelen for sanksjonene finnes i børslovens kapitel 5, mens utfyllende bestemmelser er gitt i børsforskriftens kapitel 25. Til en viss grad har børsen/børsklagenemnden en skjønnsmessig kompetanse til å avgjøre hvorvidt sanksjoner skal ilegges, jf. ordet ”kan” i de relevante bestemmelsene og uttalelsene i NOU 1999:3 pkt. 21.2.

For børsmedlemmene kan sanksjonene også sies å ha et avtalemessig grunnlag, ved at sanksjonene fremgår av Oslo Børs’ Handelsregler pkt. 4.11.9 til 4.11.12.³⁸ Det er imidlertid børsloven og børsforskriften som fremstår som det viktigste grunnlaget for sanksjonene, ettersom sanksjonene først bare hadde hjemmel i lov, for så senere å bli inntatt i handelsreglene.³⁹ Handelsreglene har karakter av ”privatrettslige

³⁵ For å kjøpe eller selge aksjer på børsen må man gå via et autorisert meglerhus. Børsmedlemmer er de meglerhusene som er autorisert til å handle via handelssystemet på Oslo Børs, jf. børslovens § 5-4 og børsforskriftens kap. 11

³⁶ Knut Bergo, *Børs- og verdipapirrett*, Oslo, 1998 s. 26.

³⁷ Jf. vphl. § 1-2 annet ledd.

³⁸ Handelsreglene er utarbeidet i samarbeid med øvrige nordiske børser, og går under navnet NOREX Member Rules. De er tilgjengelige fra <http://www.norex.com/rules.asp?lank=1>

³⁹ Se også NOU 1985:33 s. 73 hvor det ble uttrykt tvil om hvorvidt det var adgang til å ilegge sanksjonene uten uttrykkelig hjemmel. Utvalget uttalte videre at illeggelse av bøter for brudd på børsreglementet kunne ha karakter av straff, og at børsens sanksjonskompetanse i så fall stod i et tvilsomt forhold til grl. § 96. Departementet valgte til tross for dette å gi børsene adgang til å ilegge sanksjoner.

forretningsvilkår og standardvilkår”,⁴⁰ og børsmedlemmene er pliktig å forholde seg til disse. Handelsreglene gir blant grunnlag for sanksjoner når et medlem ”breaches law, regulations, Norex Member Rules, good business practices, or otherwise demonstrates unsuitability to be a member”.⁴¹ Det er uklart om begrepene ”law” og ”regulations” kun henviser til børsloven med forskrifter, eller om også f.eks. verdipapirhandelloven eller straffeloven kan gi grunnlag for sanksjoner. I og med at sanksjonsileggelsen fastsettes skjønnsmessig av børsen/børsklagenemnden, kan vel brudd på disse lovene i alle fall gå inn under kategorien ”otherwise demonstrates unsuitability.” I så fall foreligger mulighet for både sanksjoner fra børsen og straff fra ”det offentlige”. Det samme vil gjelde for brudd på god forretningsskikk⁴² og brudd på informasjonsplikten.⁴³

De sanksjonene børsen har myndighet til å ilegge er advarsel, suspensjon og utelukkelse av børsmedlemmer, suspensjon og strykning av børsnoterte instrumenter, overtredelsesgebyr og løpende mulkt.⁴⁴ Sanksjonene ilegges som hovedregel av børsstyret.⁴⁵ For foretak med børsnoterte finansielle instrumenter kan overtredelsesgebyret være på inntil 10 millioner kroner for hver overtredelse,⁴⁶ mens

⁴⁰ Jf. NOU 1999:3 pkt. 20.3.

⁴¹ Jf. Norex Member Rules pkt 4.11.9 og 4.11.10.

⁴² Jf. vphl. §§ 2-5 og 9-2.

⁴³ Jf. Norex Member Rules 4.11.11. og børslovens § 9-1 andre ledd, jf § 5-4 femte ledd. Både børsmedlemmer og utstedere (børsl. § 5-7 andre ledd) er pålagt en opplysningsplikt/rapporteringsplikt for opplysninger som er nødvendige for at børsen skal kunne oppfylle sine lovbestemte plikter. (Opplysningsplikten er noe forskjellig formulert for de to gruppene.) Sett hen til den samarbeids- og rapporteringsplikt som børsen har etter vphl. § og forskrift om markedsovervåkning (forskrift av 30. mars 2001 nr. 319) er det klart at en slik opplysningsplikt må tolkes innskrenkende i den grad den kommer i strid med forbudet mot selvinkriminering, innfortolket i EMK art. 6.

⁴⁴ I NOU 1999:3 omtales også børsens rapportering om overtredelser til tilsynsmyndigheter og påtalemyndigheten i sammenheng med børsens sanksjoner (Se f.eks. pkt 20.4.8.). Etter min mening er det ikke riktig å karakterisere rapporteringen som en sanksjon, ettersom den ikke får rettslige følger på samme måte som de andre sanksjonene, og også fordi enhver har rett til å melde fra om mulig straffbar virksomhet så lenge man ikke er underlagt taushetsplikt om forholdet.

⁴⁵ Jf. eksempelvis børsforskriftens §§ 25-5 og 25-8 samt NOU 1999:3 pkt 9.13.

⁴⁶ Etter børsforskriftens § 25-5 kan foretakene ilegges gebyr på inntil 10 ganger årlig kursnoteringsavgift. Kursnoteringsavgiften ved Oslo Børs avhenger av den noterte kapitalen og pr 1. januar 2004 på maksimum 1 mill. kroner, jf <http://www.oslobors.no/ob/avgifter2>

børsmedlemmer kan ilegges gebyrer på 2,5 millioner kroner.⁴⁷ Den løpende mulkten kan utgjøre 500.000 for foretak og 50.000 for ansatte. Ser man hen til at en for eksempel en utelukkelse av et børsmedlem også vil frata ens levebrød, er det klart at de sanksjonene børsen har myndighet til å ilegge er av en alvorlig karakter. Reelle hensyn skulle da trekke sterkt i retning av at bør det foreligger visse rettsikkerhetsgarantier for illeggelse av disse sanksjonene, hvilket blant annet prinsippene i EMK kan bidra til.

Det er særegent for flere av disse sanksjonene at vilkårene for illeggelse er brudd på offentlige lover og regler. For eksempel er vilkårene for at overtredelsesgebyr kan ilegges at det foreligger brudd på børsloven, forskrifter i medhold av loven eller vesentlige brudd på børsens regler og forretningsvilkår, jf. børslovens § 5-12.⁴⁸ Sanksjonene fremstår dermed som et ledd i det offentliges tilsyn med børsmarkedet. Dette vil, som jeg kommer tilbake til i punkt 3.2., kunne ha betydning for anvendelsen av EMK.

Etter børslovens § 5-14 er store deler av forvaltningsloven gitt anvendelse på børsens sanksjonsvedtak.⁴⁹ Dette medfører at partene blant annet har krav på forhåndsvarsel, partsoffentlighet og krav til begrunnelse, samt klagerett. Klageorganet er børsklagenemnda, en frittstående klageinstans opprettet i medhold av børslovens § 7-1. Som ved annen forvaltningsvirksomhet er det mulighet for å klage til sivilombudsmannen også.⁵⁰ Børsklagenemndens vedtak har visstnok ikke blitt prøvet for de alminnelige domstolene, men det kan være aktuelt å gå til ugyldighetssøksmål. I

⁴⁷ Jf. børsforskriftens § 25-8.

⁴⁸ Se også børsloven § 5-5 om opphør og suspensjon av børsmedlemskap. For suspensjon og strykning av børsnoterte instrumenter er et av vilkårene at "særlige grunner" tilsier at instrumentene bør suspenderes/strykes. Brudd på utstedernes opplysningsplikt (børsloven § 5-7) m.v. kan etter omstendighetene være en slik særlig grunn.

⁴⁹ Spørsmålet om hvorvidt børsen utøvet av offentlig myndighet ble viet en del plass i forarbeidene både til den nye børsloven av 2000 og børsloven av 1988, jf f.eks. NOU 1999:3 pkt 21.1.2. Under noe tvil ble forvaltningsloven gitt anvendelse, blant annet på bakgrunn av de rettsikkerhetsgarantiene som forvaltningsloven innebærer.

⁵⁰ Dette ble blant annet gjort i Fearnley Fonds saken, kommentert i pkt. 4.2, uten at sivilombudsmannen fant grunn til å rette noen kritikk mot børsklagenemnden.

så fall vil sakene være underlagt de vanlige reglene om domstolenes adgang til å overprøve forvaltningsvedtak.

3 Ulike grunnlag for anvendelse av EMK på børsens sanksjoner

3.1 Utgangspunktet – statene som pliktsubjekter

I dette kapittelet vil jeg drøfte om det finnes noe grunnlag for å gi EMK anvendelse på børsens sanksjoner. I EMK er det tradisjonelle utgangspunktet at det er statene som er pliktsubjekter, mens individene er rettighetssubjekter.⁵¹ At pliktene etter konvensjonen påhviler statene samsvarer med den tradisjonelle læren i folkeretten,⁵² og har dessuten en viss støtte i konvensjonsteksten i EMK. Art. 1 i konvensjonen pålegger for eksempel ”[d]e høye Kontraherende Parter” forpliktelsen til å respektere menneskerettighetene. Også art. 33 og 34 om statsklager og individklager synes å legge dette til grunn når de snakker om brudd og overtredelser fra ”de høye Kontraherende Parter”. I konvensjonens art. 34 ligger det samtidig en forutsetning om at disse to gruppene, statene som pliktsubjekter og individene som rettighetssubjekter, er gjensidig utelukkende – klager kan bare mottas fra ”any person, *non-governmental organisation* or group of individuals”, men altså ikke fra offentlige organer.

Forpliktelsene i EMK påhviler altså i utgangspunktet statene. Begrepet stat er imidlertid uklart, og det må derfor tas stilling til hvilke organer statene svarer for, eller kanskje mer presist hvilke organer/personer som kan identifiseres med staten. Spørsmålet ble

⁵¹ Idéhistorisk kan dette utgangspunktet søkes tilbake til John Locke, og hans teorier om ”rights against government”, jf. Siobhán McInerney, *The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and the Evolution of Fundamental Rights in the 'Private Domain'*, I: *Renegotiating Westphalia*, edited by Christopher Harding og C. L. Lim, Haag, 1999.

⁵² Jf. f.eks. Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, Oslo, 1998 s 73 flg. Etter hvert har folkerettslig ansvar også kunnet oppstå for andre enn bare statene, se f.eks. statuttene til The International Criminal Court, tilgjengelig online fra: <http://www.un.org/law/icc/statute/rome.htm>

berørt i kommisjonens rapport i saken *Irland mot Storbritannia*.⁵³ Saken gjaldt en rekke påståtte brudd på EMK i forbindelse med Storbritannias forsøk på å tøyne uroligheter i Nord-Irland. Kommisjonen fastslo her at staten er ansvarlig for handlinger (og unnlatelser) av ethvert offentlig organ og offentlige tjenestemenn uansett rang:

”The responsibility of a State under the Convention may arise for acts of all its organs, agents and servants. As in connection with the responsibility under international law generally, their rank is immaterial in the sense that in any case their acts are imputed to the State. (...) although the State can only incur *new* obligations through acts “at the level of the State” by persons duly authorized to bind it (e.g. to conclude a treaty), its existing obligations can be violated also by a person exercising an official function vested in him at any, even at the lowest level, without express authorisation and even outside or against instructions. Responsibility does not necessarily require any “guilt” on behalf of the State, either in a moral, legal or political meaning, and it does not suggest and “tolerance” whatsoever of wrongdoing at the “level of the State”...”

Dette standpunktet ble gjentatt av Domstolen i *Wille mot Liechtenstein*.⁵⁴

Med dette som utgangspunkt kan analysen et eventuelt grunnlag for anvendelse av EMK på børsens sanksjoner deles i tre. For det første oppstår spørsmålet om børsen i denne sammenhengen kan anses som et offentlig organ. Dersom børsen ikke kan anses som et offentlig organ må det tas stilling til om ansvar kan oppstå som følge av handlinger/unnlatelser av andre organer staten svarer for, først og fremst lovgiver og domstoler, men også f.eks. påtalemyndigheten. Og endelig må det tas stilling til om EMK kan gis direkte virkning mellom private parter. Jeg vil drøfte disse problemstillingene fortløpende.

⁵³ Application no. 5310/71, avgjørelse av 25. januar 1976, Yearbook 19, s. 758.

⁵⁴ Reports 1999-VII.

3.2 Børsens ansvar som offentlig organ

3.2.1 Problemstilling - er børsen et offentlig organ i konvensjonens forstand?

EMK skaper altså forpliktelser for ethvert offentlig organ. Spørsmålet blir så om børsen kan anses for å være et offentlig organ i konvensjonens forstand. Konvensjonsteksten gir liten veiledning når det gjelder dette spørsmålet. Da EMK ble opprettet var ikke denne problemstillingen særlig relevant,⁵⁵ ettersom skillet mellom det offentlige/private ble forstått som et institusjonelt skille mellom staten på den ene siden og borgerne på den andre.⁵⁶ Senere har spørsmålet blitt aktualisert, og også mer komplisert, som følge av omfattende privatisering, offentlige anbud og større sammenkobling mellom offentlige og private tiltak.

Rettspraksis fra Strasbourg gir også få holdepunkter. Som nevnt er det etter statene som må anses som pliktsubjekter etter konvensjonen. Klager om brudd på konvensjonen kan som følge av dette kun rettes mot staten og dens organer, og ikke private parter.

Spørsmålet om Domstolens kompetanse *ratione personae*⁵⁷ ble frem til 1. november 1998 hovedsakelig avgjort av Kommisjonen, og praksisen gir et større grunnlag for kasuistiske slutninger enn for en helhetlig analyse.⁵⁸ Blant annet har det blitt slått fast at statene er ansvarlige som arbeidsgiver,⁵⁹ for advokatstandens rettshjelpsordninger og utilstrekkelig juridisk representasjon i straffesaker⁶⁰ og for visse aspekter ved

⁵⁵ Problemstillingen er for eksempel ikke nevnt i forarbeidene til EMK.

⁵⁶ Jf. Peter Cane, *Church, State and Human Rights: Are Parish Councils Public Authorities*, I: *Law Quarterly Review* 2004 s. 41-48 på s.42.

⁵⁷ Spesifikt, den delen av spørsmålet som i norsk rett kalles passiv søksmålskompetanse, eller "passive legitimation" på engelsk.

⁵⁸ For en gjennomgang av kommisjonens avgjørelser vedrørende adgangskriteriene for domstolen, se Laurids Mikaelson, *European Protection of Human Rights; The Practice and Procedure of the European Commission of Human Rights on the Admissibility of Applications from Individuals and States*, Alphen aan den Rijn, 1980. Fremstillingen dekker imidlertid bare avgjørelser frem til 1979.

⁵⁹ Se Gillian Morris, *The Human Rights Act and the Public/Private Divide in Employment Law*, I: *Industrial Law Journal* 1998 s. 293-308 (27 ILJ 293) med ytterligere henvisninger.

⁶⁰ *Goddi mot Italia*, A 76 (1984).

utdannelsen ved privatskoler.⁶¹ I hvilken grad staten er ansvarlige for andre organers handlinger er uavklart, og til en viss grad har dette spørsmålet havnet i skyggen av utviklingen av statenes positive ansvar for enkelte av konvensjonsrettighetene.⁶²

I de avgjørelsene hvor Kommisjonen har vært inne på sontringen mellom private og offentlige organer, har drøftelsen omkring dette spørsmålet ofte kun bestått i en formallogisk slutning. Som eksempel kan nevnes *Maxwell mot Storbritannia*⁶³ hvor klagen blant annet var rettet mot arbeidet til klagerens forsvarsadvokater i en straffesak. Vedrørende dette spørsmålet uttalte Kommisjonen:

“However, under Article 25 para. 1 (Art. 25-1) [nåværende art. 33 og 34] of the Convention, the Commission may only admit an application from a person, non-governmental organisation or group of individuals, where the applicant alleges a violation by one of the Contracting Parties of the rights and freedoms set out in the Convention and where that Party has recognised this competence of the Commission. The Commission may not, therefore, admit applications directed against private individuals. In this respect the Commission refers to its constant jurisprudence”⁶⁴

Avgjørelsen sier intet om selve sontringen mellom private og offentlige organer. Hvis klagen er rettet mot det Domstolen oppfatter som private parter, blir denne avvist. Selve klagen må altså være rettet mot staten (eller et organ som staten klart svarer for), med påstand om at staten er ansvarlig for krenkelsen. Med tanke på hvor sentral skillet mellom det offentlige og det private synes å være i Kommisjonen og Domstolens

⁶¹ *Kjeldsen, Busk, Madsen & Pedersen mot Danmark*, A 23 (1976).

⁶² Jf. Richard Clayton, Hugh Tomlinson with Carol George, *The Law of Human Rights*, bind 1, Oxford, 2000 s. 190. Jeg kommer nærmere tilbake til spørsmålet om statenes positive forpliktelser i avsnitt 3.3.

⁶³ Se Kommisjonens avgjørelse av 02. april 1991, application no. 18949/91.

⁶⁴ Se tilsvarende uttalelser i f.eks. appl. no. 172/56, avgj. 20.12.57, Yearbook 1 s. 211, 215; No. 852/60, avgj. 19.9.61, Yearbook 4 s. 346, 352; no. 3925/69, Collection 32 s. 56, 58; no. 4072/69, avgj. 3.2.70, Yearbook 13 s. 708, 716; no. 9022/80, avgj. 13.7.83, D.R. 33 s. 21, 36.

resonering, gis det overraskende lite innsikt i vurderingstemaet for hvilke typer organer staten er ansvarlig for.⁶⁵ I det følgende vil jeg forsøke å foreta en analyse av dette spørsmålet, basert på de (spinkle) kildene som finnes i EMK-retten, i tillegg hva som måtte finnes av andre relevante kilder i europeisk (vestlige) jus og kulturarv. Jeg har forsøkt å skille mellom en del momenter som etter min mening vil kunne tillegges betydning når det gjelder disse spørsmålene, men samtidig er jeg klar over at disse skillene er mer som en hjelp for tanken da vurderingstemaene til dels glir over i hverandre.

3.2.1.1 Formell klassifisering/nasjonal klassifisering

Kommisjonen har uttalt i noen litt eldre saker at spørsmålet om hvilke organer staten svarer for må avgjøres i under henvisning til organets klassifisering i det enkelte land nasjonale rett.⁶⁶ Henvisning til den nasjonale klassifisering benyttes av EMD blant annet for å fastslå hva som er ”straff” (”criminal charge/proceedings”) etter EMK art. 6 og Protokoll 7 art. 4.⁶⁷ Etter norsk rett er Oslo børs et allmennaksjeselskap, og dermed et privat rettssubjekt.⁶⁸ Etter den løsningen Kommisjonen la opp til, ville børsen dermed ikke være et organ som staten svarer for, og derfor heller ikke bundet av prinsippene i

⁶⁵ I en del av sakene skyldes nok dette at spørsmålet er opplagt. Noen ganger er det imidlertid en flytende grense mellom det offentlige og det private. Som eksempel kan være nettopp forsvarsadvokater, så lenge de oppnevnes og betales av det offentlige. I *Maxwell* var forsvarsadvokatene oppnevnt av the Scottish Legal Aid Board (SLAB), og klagen vedrørende advokatens opptreden ble avvist av Kommisjonen ut i fra den betraktningen at forsvarsadvokatene var ”privat individuals”. Samtidig blir staten holdt ansvarlig av Domstolen (i *Maxwell mot Storbritannia*, A300-C (1994)) for SLABs avslag på forsvarerbistand ved anken, jf. EMK art. 6 (3) litra c. Hva som gjør at staten er ansvarlig for SLABs handlinger, men ikke forsvarerne som SLAB oppnevner kommer ikke frem i dommen, og fremstår for meg noe uklart. Det kan vel ikke være for drøyt å hevde at SLAB i hvert fall til et visst punkt er ansvarlig for opptreden til de advokatene de oppnevner (helt uskikkede advokater f.eks.)? Og i så fall vil jo også staten være ansvarlig, ut i fra på Domstolens resonering. Kommisjonen avslår imidlertid å gå inn på de materielle delene av dette spørsmålet, og løser det på formelt grunnlag.

⁶⁶ Se eksempelvis avgjørelse av 4. oktober 1966 i *X. mot Østerrike*, application no 1706/62 og avgjørelse 10. desember 1984 i *S.P.R..L. ANCA m.fl. mot Belgia*, application no 10259/83.

⁶⁷ Jf *Engel mfl. mot Nederland*, A 22 (1976).

⁶⁸ Jeg kommer inn på betydningen av at sanksjonene er underlagt saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven under i pkt. 3.2.1.3.

EMK. En slik løsning på problemstillingen vil imidlertid kunne ha noen negative virkninger. For det første vil det kunne oppstå motstridende resultater i de enkelte land.⁶⁹ Videre ville det gjøre det mulig å fraskrive seg ansvar etter konvensjonen, gjennom å endre på den interne klassifiseringen av organer. I saken *Costello-Roberts mot Storbritannia* tar domstolen uttrykkelig avstand fra en slik mulig ansvarsfraskrivelse.⁷⁰ Saken gjaldt fysisk avstraffelse på privatskoler og forholdet til EMK art 3 og art. 8. Dommen tar ikke opp problemstillingen om skillet mellom offentlige og private organer, spørsmålet var hvorvidt myndighetene hadde brutt sine positive forpliktelser etter konvensjonen (se under i pkt 3.3).

Privatisering av offentlige organer er en tendens som har vært klar i de fleste europeiske land siden opprettelsen av EMK, og utviklingen vil da gå i retning av stadig svakere beskyttelse av de rettighetene EMK skal garantere. Etter min mening samsvarer dette dårlig med effektivitetsprinsippet og standpunktet om konvensjonen som ”a living instrument which (...) must be interpreted in the light of present day conditions.”⁷¹ Det må i det minste foretas en sontring tilsvarende den domstolen legger opp til i *Engel mfl. mot Nederland*,⁷² slik den nasjonale klassifiseringen bare er et utgangspunkt for vurderingen. Statene vil da kunne velge å trekke skillelinjene mellom privat og offentlig organer slik de anser som hensiktsmessig, med den virkning at de organer som klassifiseres som offentlige etter nasjonal rett alltid vil være omfattet av konvensjonskravene, mens det beror på en større og mer sammensatt vurdering om ”private” organer også skal omfattes.

⁶⁹ Slike motstridende resultater har oppstått i enkelte saker allerede. Kommisjonen har f.eks. i en sak kommet til at den Lutherske Kirke er et offentlig organ (applic 8363/78), mens en klage mot den Romersk-katolske Kirken ble avvist i en annen sak. Resultatene her kan imidlertid forklares ut i fra en funksjonell forståelse av begrepet offentlig organ, mer om dette under i pkt. 3.2.1.3.

⁷⁰ A 247-C (1994). Se også *Van der Musselle mot Belgia*, A 70 (1983) i samme retning.

⁷¹ Jf. pkt. 1.3 over.

⁷² A 22 (1976), se dommens avsnitt 81.

3.2.1.2 Det offentliges styringsmuligheter og innblanding i organet

Spørsmålet om hvilke organer som er offentlige i konvensjonens forstand er også et spørsmål om hvilke organer statene er ansvarlige for. Og med ansvar ligger det da implisitt en mulighet for påvirkning. Gjennom lovgivningen har statene selvfølgelig alltid en mulighet til å påvirke, men det er ikke dermed sagt at statene vil være ansvarlige for alle. Isteden kan man undersøke i hvilken grad staten de facto har påvirknings- og styringsmuligheter i organet.⁷³ I amerikansk konstitusjonell rett, og den såkalte "state action"-doktrinen,⁷⁴ har man stilt spørsmålet om (del-)staten er så mye involvert i den privates handlinger at det er uhensiktsmessig å skille mellom de to. Dette er "nexus"-linjen, jf. eksempelvis *Jackson mot Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345 (1974) hvor det uttales: "the inquiry must be whether there is a sufficiently close nexus between the State and the challenged action of the regulated entity so that the action of the latter may be fairly treated as that of the state."⁷⁵

Høyesterett i USA har blant annet vurdert bruk av offentlig eiendom,⁷⁶ tillatelser (skjenkebevilgninger og kringkastingslisens m.v.),⁷⁷ passiv godkjenning og aksept⁷⁸ og

⁷³ Gjennom utnevning styremedlemmer, instruksjonsmyndighet osv. Se f.eks. *Pennsylvania mot Board of Directors of Trusts*, 353 U.S. 230 (1957), hvor amerikansk Høyesterett blant annet la vekt på at medlemmene i styret for en privatskole for "poor white male orphans" i henhold til et testament ble utnevnt av The City of Philadelphia.

⁷⁴ Enkelt forklart pålegger konstitusjonens 14th amendment de enkelte delstatene forpliktelser som skal sikre visse grunnleggende (menneske-) rettigheter, men disse forpliktelsene gjelder i utgangspunktet ikke for privatpersoner. Spørsmålet er altså hva som skal til for at delstatene skal anses for å ha handlet i strid med grunnloven, når det tilsynelatende er privatpersoner som har handlet. For en innføring, se f.eks. Hala Ayoub, *Comment: The State Action Doctrine in State and Federal Courts*, I: Florida State University Law Review 1984 s. 893 flg., (11 Fla. St. U.L. Rev. 893).

⁷⁵ Om "public functions"-linjen, se under i pkt 3.2.1.3.

⁷⁶ Jf. *Burton mot Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715 (1961) og *Gilmore mot Montgomery*, 417 U.S. 556 (1974).

⁷⁷ Jf. *Moose Lodge No. 107 mot Irvis*, 407 U.S. 163 (1972) og *CBS, Inc. mot Democratic Nat. Comm.*, 412 U.S. 94 (1974).

⁷⁸ Jf. *Reitman mot Mulkey*, 387 U.S. (1967).

offentlige reguleringer og lovgivning⁷⁹ med varierende utfall. Som det har blitt uttalt er dette ”often a factbound inquiry.”⁸⁰ Når det gjelder akkurat hvor grensen går, er dette noe uklart. Mye kan tyde på at dette varierer med hva slags rettighet som hevdes å bli innskrenket, og også i hvilken grad de private partene bør har frihet til å handle som de ønsker med hensyn til det saken handler om.⁸¹

Dersom vi forsøker å anvende disse retningslinjene på børsen, er det med en gang klart at kontaktpunktene med det offentlige er disse mange. Disse vil til dels bli behandlet i avsnittene under, men jeg vil også nevne et par tilfeller her som ellers ikke blir behandlet. Etter børslovens § 3-2 skal for eksempel børsen gi melding til Kredittilsynet ved endringer i styrets sammensetning, og Kredittilsynet kan nekte børsen å gjennomføre endringen dersom det ”kan antas” å medføre at en del nærmere bestemte vilkår blir oppfylt, herunder krav om hederligandel og relevante kvalifikasjoner og yrkeserfaring. Det offentlige har altså en viss mulighet for påvirkningen av styresammensetningen, og det er altså styret som ilegger sanksjonene.⁸²

Børsen er også pålagt oppgaver som er nært knyttet til myndighetenes tilsyn og kontroll med verdipapirmarkedet. For eksempel skal børsen etter børslovens § 5-11 ”overvåke handelen og kursnoteringene og sørge for at dette skjer i overensstemmelse med lov og forskrifter samt børsens regler og forretningsvilkår.” Og etter vphl. § 12-1 har børsen meddelelsesplikt til Kredittilsynet dersom den har grunn til å anta at det er handlet i strid med bestemmelsene i verdipapirloven. Selvfølgelig kan man hevde at børsen gjør dette av egen interesse også, men det kan likevel ikke være tvil om at børsen fremstår som et ledd i myndighetenes kontroll med markedet. Og det er nærliggende å anta at dersom børsen selv ikke hadde stått for deler av kontrollen i verdipapirmarkedet så hadde myndighetenes kontroll vært skjerpet ytterligere. Dette siste har en tilknytning til

⁷⁹ Jf. *Jackson mot Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345 og *Flagg Bros., Inc. mot Brooks*, 436 U.S. 149 (1978).

⁸⁰ Jf. *Edmonson mot Leesville Concrete Co.*, 500 U.S. 614 (1991).

⁸¹ Gerald Gunther og Kathleen M. Sullivan, *Constitutional Law*, 13. utg, New York, 1997 på side 927.

⁸² Tidligere var forbindelsen tettere, ved at Kongen utnevnte medlemmene i børsrådet, som på sin side utnevnte børsstyret. Dette ble endret ved omdannelsen av børsen fra selveiende stiftelse til allmennaksjeselskap. Nå er det generalforsamlingen som velger styre, med de begrensninger som nevnt.

et annet moment som ofte har vært nevnt som en indikator på om et organ er offentlig, nemlig om staten ville ha hatt en regulering av forholdet uavhengig av om det aktuelle organet (se under i punkt 3.2.1.3.).

Myndighetene har også et mulig styringsredskap gjennom børsklagenemnden, som er klageorgan for børsens vedtak om sanksjoner. Etter børsforskriftens § 26-1 utnevnes medlemmene her av finansdepartementet. Det fremgår imidlertid av forarbeidende at børsklagenemnden skal være et "frittstående" organ,⁸³ som vel også innebærer at det er uavhengig og at myndighetene derfor ikke har noen instruksjonsadgang. Det synes likevel vanskelig å legge noen avgjørende vekt på at børsklagenemnden skal være uavhengig. For det første er det vel ikke helt urimelig å anta at avgjørelsene kan påvirkes av sammensettingen i nemnden.⁸⁴ Og videre er statene for eksempel helt klart ansvarlige for domstolene selv om disse er uavhengige. Eldre praksis fra Kommisjonen tyder også på at det ikke har noen betydning om myndighetene har instruksjonsmyndighet.⁸⁵ Det mest sentrale her er etter min mening at det er nok et eksempel på en nær forbindelse mellom staten/offentlige myndigheter og børsens virksomhet.

3.2.1.3 Funksjonell klassifisering

I Storbritannia har de forsøkt å løse problemet med hvilke organer/personer EMK er bindende for gjennom begrepet "public authority" i Human Rights Act av 1998. Begrepet er ment til å gi tilsvarende virkning for loven i Storbritannia som EMK, med andre ord at den skal gjelde for offentlige organer og tjenestemenn. Rettskildemessig vil selvfølgelig ikke denne loven og litteratur vedrørende denne ha særlig stor autoritetsverdi utenfor Storbritannia, men i mangel på andre kilder vil den likevel kunne ha argumentsverdi for løsningen også etter EMK.

⁸³ Jf NOU 1993:3 pkt 21.3.

⁸⁴ Som et eksempel på hvordan sammensetninger av organer kan påvirke avgjørelser kan nevnes den amerikanske Høyesterett, hvor f.eks. retten til selvbestemt abort står i fare for å bli opphevet gjennom utnevnelsen av dommere.

⁸⁵ Se Mikaelsen, op.cit. på side 91 med videre henvisninger.

Utgangspunktet i Section 6(1) av Human Rights Act er at det er ulovlig for ”a public authority” å handle i strid med bestemmelsene i EMK. Hva som menes med ”public authority” er forsøkt definert i Section 6(3) og inkluderer: ”(a) a court or tribunal, and (b) any person certain of whose functions are functions of a public nature.”⁸⁶

Forarbeidene, med støtte i juridisk teori, gir grunnlag for et skille mellom tre grupper av offentlige organer (”public authorities”).⁸⁷ Den første er domstoler og domstolslignende organer (court and tribunals). Den neste er standard offentlige organer. Disse organene vil anses som offentlige organer i enhver henseende, og inkluderer forvaltningen både på statlig og kommunalt nivå, politiet, immigrasjonsmyndighetene og fengsler. Den siste, og mest problematiske gruppen, er funksjonelle offentlige organer.⁸⁸ Det avgjørende for denne gruppen er altså hvorvidt de utøver offentlige funksjoner,⁸⁹ og i motsetning til standard offentlige organer er de bare forpliktet til å overholde bestemmelsene i EMK når det gjelder utøvelsen av disse offentlige funksjonene. Dersom handlingen er av ”privat natur” vil disse handlingene ikke være underlagt konvensjonens krav.

Vurderingstemaet for funksjonelle offentlige organer er imidlertid fortsatt noe uklart. For hva vil det si at en funksjon er av offentlig natur? Her har ulike teorier vært lansert.⁹⁰ Under komitébehandlingen ble det hevdet at dette skulle løses under

⁸⁶ Det er gjort unntak for Parlamentet og forhandlingene der. Dette synes å bygge på en (noe merkelig) forutsetning at forpliktelsene etter EMK direkte påhviler Parlamentet (og ikke staten som sådan), jf Cane, *op.cit.* s. 47.

⁸⁷ Se Richard Clayton, Hugh Tomlinson with Carol George, *The Law of Human Rights*, bind 1, Oxford, 2000 s. 188-189. Jeg velger å oversette begrepet ”public authority” med ”offentlig organ” i samsvar med min begrepsavklaring i pkt. 1.3, men ”offentlig myndighet” er vel en mer presis oversettelse på dette punktet.

⁸⁸ Denne gruppen kalles også for hybrid-organer, se f.eks. Monica Carss-Frisk, *Public Authorities: The Developing Definition*, *European Human Rights Law Review* 2002 nr 3, 319-326.

⁸⁹ Eksempler på slike organer er i følge Parlamentsdebattene f.eks. BBC, vannverkene, leger ”in general practice”, Railtracks og ”the privatised utilities”.

⁹⁰ Se f.eks. J Coppel, *The Human Rights Act 1998: Enforcing the European Convention in Domestic Courts*, Chichester , 1999 pkt 2.21 og Lord Lester og D. P. Annick, *Human Rights Law and Practice*, 1999 pkt 2.6.3.

henvisning til hvorvidt den som handlet er underlagt domstolenes prøvelsesrett.⁹¹ I så fall er det, som de fleste med kjennskap til de forskjellige løsningene på dette spørsmålet i forskjellige europeiske rettstradisjoner kan erkjenne, et nokså komplisert spørsmål å fastslå hva som funksjoner av offentlig natur. En kort oppsummering av engelsk rett på dette punktet er som følger:⁹² Opprinnelig var testen for dette å undersøke grunnlaget for organets myndighet. Dersom grunnlaget for utøvelsen (myndigheten) var loven, kunne domstolene utøve prøvelsesretten.⁹³ Senere har dette blitt endret til å undersøke om avgjørelsen som bestrides involverer en ”public law right”.⁹⁴ Domstolene ser da om staten ville ha regulert den aktuelle aktiviteten hvis det ikke hadde vært for det omstridte organet.⁹⁵ Videre vil de også undersøke om det er indisier for statlig støtte til den handlende, eller hvorvidt den handlende var ”vevet inn” i et system av statlig kontroll.⁹⁶

Organer som er underlagt domstolenes prøvelsesrett vil høyst sannsynlig bli karakterisert som funksjonelle eller standard offentlige organer. Men også andre organer kan være omfattet, såfremt de utøver offentlige funksjoner. Clayton, Tomlinson og George konkluderer med at:”... the class of functional public authorities will extend to any person which (not being a standard public authority) either undertakes a governmental activity or performs a regulatory function.”⁹⁷ Rettstilstanden i Storbritannia er imidlertid ikke endelig klarlagt på dette punktet.

⁹¹ Dette synspunktet har også fått støtte i domstolene, se f.eks. *Popular Housing and Regeneration Community Association Ltd mot Donoghue*, [2001] 3 W.L.R. 183.

⁹² For en mer utførlig analyse av dette spørsmålet, se for eksempel *De Smith, Woolf and Jowell, Judicial Review of Administrative Action*, S. A. De Smith ... [et al.]. London, 1995.

⁹³ Jf. *R mot Electricity Commissioners, ex p London Electricity Joint Committee Company (1920) Ltd*, [1924] 1 KB 171.

⁹⁴ Se bl.a. *R v Panel of Take-Overs and Mergers, ex p Datafin*, [1987] QB 815 og *R v Disciplinary Committee of the Jockey Club, ex p Aga Khan*, [1993] 1 WLR 909.

⁹⁵ Den såkalte ”but for”-testen, jf *R v Chief Rabbi of the United Hebrew Congregation of Great Britain and the Commonwealth, ex p Wachman* [1992] 1WLR 1036 på side 1041.

⁹⁶ Jf. pkt 3.2.1.2 over.

⁹⁷ Jf Clayton, Tomlinson og George, op. cit. s. 198.

Trekker vi linjene over til norsk rett og børsen, skulle det være rimelig klart at børsen i hvert fall ikke er noe ”standard” offentlig organ. Under punkt 3.2.1.2 pekte jeg på den nære forbindelsen mellom myndighetenes tilsyn og kontroll og enkelte børsens oppgaver. Børsens sanksjoner fremstår som et ledd i myndighetenes tilsyn og kontroll med markedsatferden. Og vel er det slik at børsen selv har alt å tjene på en streng oppfølging av børsregelverket – både på tilsyns- og sanksjonssiden. Men dette er vel neppe nok til å trekke slutningen at den oppgaven de utfører med sanksjonene ikke er offentlige funksjoner. Sanksjonene ilegges som nevnt i stor grad for brudd på offentligrettslige regler, og det å sørge for at disse reglene blir overholdt må i bunn å grunn sies å være en offentlig oppgave (funksjon). Og dersom man anvender den såkalte ”but for” testen er det klart at bare tilstedeværelsen av straffebudene i børsloven og verdipapirhandellogen er et klart signal om at myndighetene, uansett børsens sanksjonsadgang, ville ha utført (og til dels utfører) den samme funksjonen. Med en funksjonell tilnærming slik HRA legger opp til, synes altså den nærmeste konklusjonen å være at børsen er et offentlig organ når den ilegger sanksjoner.

Et funksjonelt skille mellom offentlige og private organer har også støtte i den amerikanske state action-læren. Gunther og Sullivan oppsummerer tankegangen rundt ”public function”-linjen⁹⁸ som følger:

”Basically, the ‘public function’ analysis treats private enterprises whose ‘operation is essentially a public function’ as sufficiently state-like to be treated as a state for the purposes of applying constitutional guarantees.”⁹⁹

I saken *Marsh mot Alabama*¹⁰⁰ uttaler for eksempel Høyesterett i forbindelse med en såkalt ”company-town”:¹⁰¹ ”Since these facilities are built and operated primarily to benefit the public and since their operation is essentially a public function, it is subject to state regulation.” Noe tilsvarende kan vel nettopp sies om børsen – den har ikke noen

⁹⁸ Sammenlign nexus-linjen over i pkt. 3.2.1.3.

⁹⁹ Gerald Gunther og Kathleen M. Sullivan, *Constitutional Law*, 13. utg, New York, 1997 på side 929.

¹⁰⁰ 326 U.S. 501 (1946).

¹⁰¹ Dette er en by som eies (og styres) av et privat foretak, både bygninger, veier osv...

egeninteresse i å eksistere og fungere,¹⁰² hele poenget med børsen er å gi allmennheten tilgang til visse tjenester. Men hva skiller i så fall børsen fra andre private organisasjoner som er åpne for allmennheten, men som heller ikke har noe annet formål enn å yte enkelte tjenester til sine medlemmer? Dette spørsmålet har blitt besvart gjennom senere avgjørelser som har begrenset rekkevidden av *Marsh mot Alabama*: det må i tillegg dreie seg om en funksjon som tradisjonelt ble utført (eksklusivt) av staten (delstaten), men som senere har blitt overlatt private parter.¹⁰³ Og i en slik forstand har jo børsene helt fra opprettelsene rundt omkring i Europa vært drevet mer eller mindre privat. Dersom man derimot anlegger et snevrere perspektiv og sier at den funksjonen det her er snakk om er selve illeggelsen av sanksjoner, og denne ble tidligere utøvet av det offentlige, er det mulig vilkårene kan tilfredsstilles.¹⁰⁴

Det kan også stilles spørsmål om hvilken betydning det skal ha at forvaltningslovens saksbehandlingsregler skal komme til anvendelse på børsens sanksjonsvedtak, jf børsl § 5-14. Selv om forarbeidene gir inntrykk av at børsen ikke kan anses som et forvaltningsorgan, var konklusjonen likevel at disse vedtakene var enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand, og dermed også utøvelse av offentlig myndighet.¹⁰⁵ At sanksjonsvedtakene er utøvelse av offentlig myndighet må etter min mening trekke langt i retning av at børsen må anses som et funksjonelt offentlig organ i denne forbindelsen.

¹⁰² For eksempel å tjene penger.

¹⁰³ Se blant andre *Jackson mot Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345.

¹⁰⁴ Se forøvrig Marshalls dissens i *Jackson*: "But when the activity in question is of such public importance that the State invariably either provides the service itself or permits private companies to act as state surrogates in providing it, much more is involved than just public interest. In those cases, the State has determined that if private companies wish to enter the field, they will have to surrender many of the privileges normally associated with private enterprises and behave in many ways like a governmental body. And when the State's regulatory scheme has gone that far, it seems entirely consistent to impose on the public utility the constitutional burdens normally reserved for the State." I dagens økonomiske samfunn ville vel nettopp staten ha organisert og drevet en børs dersom det ikke fantes private som ville drive den?

¹⁰⁵ Jf. NOU 1999:3 pkt 21.1.1. Denne konklusjonen bygget til dels på at lovgiver uttrykkelig hadde forutsatt dette, men også ellers var det gode grunner for anvendelse av forvaltningsloven.

I denne sammenheng kan det også vises til arbeidet til International Law Commission (ILC), som gjennom flere år har søkt å klarlegge og etablere regler for statenes ansvar gjennom Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts.¹⁰⁶ Et andre utkast til disse reglene ble ferdig i 2001, men reglene er fremdeles oppe til vurdering. Foruten å fastslå ansvar for "any State organ" (art. 4), foreligger det også statlig ansvar etter utkastet for "a person or entity empowered to exercise elements of the governmental authority (...) if [they act] in that capacity...", jf utkastets art. 7. Når børsen anses for å utøve offentlig myndighet i forbindelse med sanksjonene, vil den vel falle inn under definisjonen her.

Nå har det riktignok vært noe diskusjon i hvilken grad folkerettslige regler om "State responsibility" kan være anvendelige i menneskerettssammenhenger, og særlig i forbindelse med EMK.¹⁰⁷ Domstolen selv er i hvert fall ikke avvisende til å se hen til disse reglene. I *Loizidou mot Tyrkia* uttaler Domstolen at dens praksis er "in conformity with the relevant principles of international law governing State responsibility"¹⁰⁸ Som Lawsons analyse viser,¹⁰⁹ kan også de fleste av Domstolens avgjørelser omkring dette spørsmålet forklares i lys av folkerettens regler.

¹⁰⁶ Utkastet er tilgjengelig online fra

http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility/responsibilityfra.htm

¹⁰⁷ Jf. særlig Clapham som hevder at "the international law on State responsibility (...) is not, and should not be, considered appropriate in the context of the European Convention", Andrew Clapham, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, 1993 s. 188 og Rick Lawsons kritiske analyse av Claphams standpunkt i *Out of Control. State Responsibility and Human Rights: Will the ILC's Definition of the 'Act of State' Meet the Challenges of the 21st Century?*, I: *The Role of the Nation State in the 21st Century*, The Hague, 1998 s. 91-116.

¹⁰⁸ avgjørelse av 18. desember 1996, Reports 1996 – VI s. 2234. Se likeledes Kommisjonens uttalelse i *Loizidou mot Tyrkia (preliminary objection)*, A 310 (1993) om at konvensjonen "cannot be interpreted and applied in a vacuum: mindful of the Convention's special character as a human rights treaty, [the court] must also take into account any relevant rules of international law." Uttalelsene er i tråd med Wien-konvensjonen om traktatretten art. 31 nr 3 litra c.

¹⁰⁹ Id.

3.2.1.4 Grunnlaget for organets kompetanse/myndighet

Et øvrig kriterium for å vurdere om et organ må anses som offentlig kan være å se på det rettslige grunnlaget for organets kompetanse eller myndighet.¹¹⁰ Også her må det da i så fall gjelde at en del organer og institusjoner er offentlige i alt de foretar seg. For organer/institusjoner som er private eller er i grenseland, kan det foretas en nærmere vurdering av hva som er det rettslige grunnlaget for handlingen til organet/institusjonen. Dersom det rettslige grunnlaget for denne handlingen for eksempel er Grunnlov, lov eller forskrift skulle dette trekke i retning av at organet i denne henseende er et offentlig organ. Likeledes dersom organet har blitt delegert et ansvar fra det offentlige (departementet osv), eller dersom det offentlige har instruksjonsmyndighet. Dersom det rettslige grunnlaget derimot er det man kan kalle privat autonomi (eierrådighet og avtalekompetanse) eller en sedvanerettslig kompetanse¹¹¹ vil dette trekke i retning av at organet er privat. Heller ikke dette er et kriterium som er avgjørende. Og kriteriet er heller ikke tilstrekkelig klart, for en privatskole vil neppe betegnes som et offentlig organ fordi skolen er opprettet i henhold til en lov om privatskoler. Spørsmålet måtte i så fall vært – dersom det *ikke* hadde eksistert et offentligrettslig kompetansegrunnlag, kunne organet med bakgrunn i privat autonomi eller sedvaneretten ha utøvet den samme kompetansen? I state action-læren¹¹² har dette enkelte ganger blitt formulert som et krav om reguleringen må ha direkte tilknytning til den handlingen organet foretok.¹¹³

Som tidligere nevnt har børsens sanksjoner grunnlag i to forskjellige regelsett – børsloven med forskrifter og Oslo Børs' handelsregler. Etter min mening er det imidlertid børslovens regler som fremstår som det primære grunnlaget. Sanksjonene ble innført ved børsloven av 1988¹¹⁴ og ble først senere inntatt i børsens handelsregler.

¹¹⁰ Jf. Dawn Oliver, *The Frontiers of the State: Public Authorities and Public Functions under the Human Rights Act*, I: Public Law 2000 s. 476-493 på s. 482.

¹¹¹ Foreldres myndighet over barn vil vel kunne være et eksempel på en slik kompetanse.

¹¹² Jf pkt 3.2.1.2

¹¹³ Jf. *Powe mot Miles*, 407 F.2d 73 (2d Cir.1968) hvor det uttales: "[The] State must be involved not simply with some activity of the institution [but] with the activity that caused the injury." I denne retning også *Jackson mot Metropolitan*.

¹¹⁴ Til tross for at det offentlige utvalget var av den oppfatning av at børsens sanksjonskompetanse stod i et tvilsomt forhold til Grunnlovens § 96, jf NOU 1985:33 s. 74.

Prinsipielt er det ikke noe galt i å hevde at sanksjonene kunne hatt (eller har) et selvstendig avtalemessig grunnlag. Men uten en godkjennelse fra det offentlige ville det vel være en besynderlig ordning at et rent privat rettssubjekt faktisk kunne tjene penger (i form av bøter) på handlinger som det offentlige har belagt med straff?¹¹⁵ Dette er en form for privat rettshåndhevelse som vi ellers har vanskelig for å godta.¹¹⁶ Det er også klart at børslovens sanksjonshjemmel står i direkte sammenheng med børsens sanksjonsileggelse slik state action-doktrinen kan synes å kreve. Det må i det minste kunne ses på som en godkjennelse av sanksjonene, og i verste fall selve grunnlaget for dem.

3.2.1.5 Organets finansiering

Et annet kjennetegn ved offentlige organer er at disse som den klare hovedregel er finansiert av det offentlige, enten gjennom overføringer fra offentlige budsjetter eller ved mer direkte skatter og avgifter. Et slikt kriterium vil imidlertid tilsi at både sosialklienter og veldedige organisasjoner var offentlige ”organer”.¹¹⁷ Praksis fra USA gir inntrykk av at finansiering og subsidier ikke kan være avgjørende for spørsmålet. I for eksempel *Blum mot Yaretsky* ble spørsmålet om state action på bakgrunn av overføringer Medicaid til et privat sykehjem svart benektende.¹¹⁸

Finansieringen kan likevel være et moment i en større vurdering. Men også her oppstår vanskelige grensespørsmål. I Norge finansieres for eksempel børsen av brukerne selv gjennom avgifter med grunnlag i børsens avtaleverk, og den synes derfor å være privatrettslig finansiert. Lisensavgiften til NRK har et mer offentlig preg, i og med at avgiften er hjemlet i lov og fastsettes av Stortinget.¹¹⁹ Lisensavgiften kan fortsatt sies å

¹¹⁵ Nå kan sanksjonene også til en viss grad begrunnes ut i fra erstatningsrettslige synspunkter, i og med at børsen er avhengig av investorenes tillit til børsen som en funksjonell og åpen markedsplass.

¹¹⁶ Jf. for eksempel kravene til lovlig selvtekt.

¹¹⁷ Jf. Dawn Oliver, *The Frontiers of the State: Public Authorities and Public Functions under the Human Rights Act*, I: Public Law 2000 s. 476-493.

¹¹⁸ 457 U.S. 991 (1982).

¹¹⁹ Jf. lov av 12. april 1992 om kringkasting § 8-3. Det er likevel grunn til å legge merke til at også børsens avgifter hadde et offentlig grunnlag i børsforskriftens kap. 24 før omdannelsen av børsen til

ha et visst avtalerettslig (privatrechtslig) grunnlag, i og med at den kan betraktes som vederlag for visse tjenester fra brukerne, på samme måte som børsens avgifter. Og hva skiller i så lisensavgiften fra vegavgiften, bensinavgift osv, som vederlag for tiltak i samferdselssektoren? Er det at vederlaget ikke står i samsvar med gjenytelsen, og dermed brukes til å finansiere også andre (offentlige) goder? Eller er det dét at avgiftene går via et offentlig budsjett før de går til formålet?

3.2.1.6 Oppsummering

Ingen av de momentene jeg har gått i gjennom her kan sies å være avgjørende for spørsmålet hvorvidt børsen er et offentlig organ i EMKs forstand. Samtidig er det klart at enkelte av vurderingstemaene trekker nokså sterkt i retning av at børsen må anses for å være et offentlig organ. Særlig gjelder dette dersom man legger vekt på en funksjonell klassifisering av offentlige organer, men også de mange forbindelseslinjene mellom det offentlige og børsen taler for at børsen er et offentlig organ i konvensjonens forstand. Effektivitetsprinsippet og en dynamisk tolkningsstil taler også for denne konklusjonen.

Det er imidlertid ting som kompliserer dette bilde noe. For det første så mangler det som nevnt konkrete holdepunkter i konvensjonsteksten, og rettspraksis fra EMD gir heller ikke noe klart svar på dette spørsmålet. En restriktiv tolkningsstil som til en viss grad benyttes i folkeretten, og som har sammenheng med suverenitetsprinsippet og et ønske om å begrense statenes ansvar kan tale mot denne konklusjonen. Tolkningsstilen i EMK skiller seg imidlertid vesentlig fra denne, og det legges mer vekt på å oppnå konvensjonens formål.¹²⁰ De momentene som taler for at børsen er et offentlig organ er stort sett hentet fra det vi kan kalle eksterne kilder, og det er ikke sikkert Domstolen vil legge tilsvarende vekt på disse ved sin vurdering. Det er også vanskelig å vurdere hvilken vekt det for eksempel kan tillegges at vedtak om sanksjoner faller inn under

allmennaksjeselskap i 2001. Det at denne hjemmelen nå har falt bort kan vel i seg selv ikke ha nevneverdig betydning ved spørsmålet om hvilke forpliktelser som påhviler børsen i kraft av EMK.

¹²⁰ Jf *Wemhoff mot Tyskland*, A7 (1966) hvor Domstolen uttaler: "Given that it is a law-making treaty, it is also necessary to seek the interpretation that is most appropriate in order to realise the aim and achieve the object of the treaty, not that which would restrict to the greatest possible degree the obligations undertaken by the Parties."

forvaltningsloven som offentlig myndighetsutøvelse, når forarbeidene gir inntrykk av at dette ble gjort for å styrke rettssikkerheten og ikke fordi det var nødvendig.

3.3 Konvensjonens betydning ved private krenkelser

Temaet i pkt 3.2 var hvorvidt det ved børsens ileggelse av sanksjoner må tas hensyn til prinsippene i EMK ut i fra en betraktning om at børsen er et offentlig organ i denne sammenhengen. Nå skifter imidlertid fokus til hvordan og i hvilken grad EMK kan ha betydning dersom børsen *ikke* kan anses som et offentlig organ i konvensjonens forstand. Tar vi utgangspunkt i den individ/stat-konstellasjonen jeg skisserte i pkt 3.2.1. gir dette inntrykk av at det ikke er noen plass for prinsippene i EMK ved private aktørers brudd på menneskerettighetene. Spørsmålet er imidlertid mer komplisert enn dette. Gjennom praksis fra EMD og juridisk teori har det oppstått en lære om statenes positive forpliktelser etter EMK – en forpliktelse til aktivt å sørge for oppfyllelsen av visse menneskerettigheter (i motsetning til bare å avstå fra å gripe inn i dem). Statene kan dermed bli holdt ansvarlige for krenkelser som private rettssubjekter i utgangspunktet står bak. Domstolen har imidlertid avstått fra å utvikle en generell tese om statenes positive forpliktelser,¹²¹ og som jeg kommer inn på nedenfor er omfanget av disse positive forpliktelser ikke endelig avklart.

I nær forbindelse med statenes positive forpliktelser står problemstillingen omkring konvensjonens tredjepartsvirkning (*Drittwirkung*). Dette er altså spørsmålet om i hvilken grad forpliktelsene etter EMK gjelder direkte mellom to private parter.¹²² Tredjepartsvirkningen kalles gjerne virkning i horisontalplanet, mens det tradisjonelle stat/individ forholdet da er vertikal virkning. I det følgende vil jeg drøfte disse to problemstillingene og hvorvidt noen av disse kan ha noen betydning for de sanksjonene børsen ilegger.

¹²¹ Jf. Alastair Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, utgitt i serien *Human Rights Law in Perspective*, Oxford, 2004 på s. 221.

¹²² Private aktører kan naturligvis også bli pålagt å respektere menneskerettighetene gjennom intern lovgivning, men forpliktelsene oppstår da som følge av den interne lovgivningen og ikke EMK direkte.

3.3.1 Statenes positive forpliktelser og konvensjonens tredjepartsvirkning

Statenes negative plikter kan defineres som de offentlige myndigheters plikt til å avstå fra myndighetsutøvelse i den grad den vil komme i strid med menneskerettighetene. De positive pliktene er da de offentlige myndigheters plikt til å *utøve* myndighet i den grad en *avholdelse* fra det vil komme i strid med de samme rettighetene.¹²³ Opprinnelig ble rettighetsaspektet i konvensjonen kun forstått som en forpliktelse for statene ikke til å gripe inn i og begrense de rettighetene EMK beskytter - fokuset var de negative forpliktelsene.¹²⁴ Konvensjonen var altså hovedsakelig opptatt av hva statene ikke må gjøre, istedenfor hva statene må gjøre.¹²⁵ Kun unntaksvis kan konvensjonsteksten sies å legge til grunn positive plikter for statene, eksempelvis art. 6 og protokoll nr. 3 art. 3. Gjennom en dynamisk fortolkning¹²⁶ av konvensjonen, har det senere blitt innfortolket positive plikter også i andre bestemmelser.

I nær sammenheng med statenes positive forpliktelser står spørsmålet om konvensjonens tredjepartsvirkning, eller spørsmålet om rettighetene i EMK skal anvendes i rettighetsforhold mellom to (eller flere) private, ikke-statlige aktører. Begrepet tredjepartsvirkning, eller "Drittwirkung" som det gjerne kalles, er hentet fra tysk konstitusjonell teori og henviser til en part som står utenfor det tradisjonelle

¹²³ Det er grunn til å understreke at det til en viss grad vil være en flytende overgang mellom negative og positive plikter, se f.eks. *Keegan mot Ireland*, A290 (1993) avsnitt 49. For eksempel vil statene ha en positiv plikt til å oppheve lovgivning som medfører resultater i strid med rettighetene i EMK, mens de har en negativ forpliktelse til *ikke* å vedta slik lovgivning i første omgang. Henry Shue er av den oppfatning at alle grunnleggende rettigheter medfører tre typer forpliktelser; plikt til å unngå krenkelser, plikt til å beskytte mot krenkelser og plikt til å hjelpe den krenkede. Disse rettighetene inneholder altså både positive og negative elementer, jf Henry Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, Princeton, 1980 s. 52-53.

¹²⁴ Jf. Peter Van Dijk, 'Positive Obligations' Implied in the European Convention on Human Rights: Are the States Still the 'Masters' of the Convention, I: *The Role of the Nation-State in the 21st Century: Human Rights, International Organisations and Foreign Policy: Essays in Honour of Peter Baehr*. Monique Castermans-Holleman, Fried van Hoof & Jacqueline Smiths (eds.), The Hague, 1998 på s. 17-18.

¹²⁵ Jf J. G. Merrills, *The development of international law by the European Court of Human Rights*, 2. utg, Manchester, 1993 s. 103.

¹²⁶ Jf *Tyrer mot Storbritannia.*, A26 (1977) avsnitt 31 hvor domstolen uttaler at konvensjonen er "a living instrument which (...) must be interpreted in the light of present day conditions".

stat/individ forholdet som det tradisjonelt ble operert med både når det gjelder den tyske føderale grunnloven (*Grundgesetz*) og EMK.¹²⁷ Teorien om tredjepartsvirkningen bygger blant annet på den tanke at disse grunnleggende rettighetene utgjør et sett med objektive normer og verdier hvis gjennomslagskraft ikke kan avhenge av sontringen mellom individ og stat.¹²⁸ Man skiller gjerne mellom to former for *Drittwirkung*; *mittelbar Drittwirkung* eller indirekte tredjepartsvirkning foreligger når domstolene benytter de grunnleggende rettighetene som tolkningsfaktor ved fastleggelsen av rettsforhold mellom to private parter. *Unmittelbar Drittwirkung* er når rettighetene og frihetene kan påberopes direkte for domstolene mot andre private parter.¹²⁹

Forbindelsen mellom en eventuell tredjepartsvirkning og statenes positive forpliktelser ligger dels i at det på nasjonalt nivå vil være opp til statene å opprette et juridisk rammeverk som sikrer at disse rettighetene anvendes i forhold mellom to private parter.¹³⁰ Men forbindelsen er enda sterkere på det overnasjonale nivået, i og med at Domstolen som nevnt vil avvise klager som den mener er rettet mot private parter.¹³¹ Saker mellom private parter kan dermed bare komme opp for Domstolen indirekte, ved at staten kan holdes ansvarlig for bruddet på en eller annen måte. Statenes positive forpliktelser vil her stå sentralt, ettersom spørsmålet da blir om staten kan holdes ansvarlig for en privat krenkelse som følge av manglende lovgivning eller forebyggende tiltak, eller ved at statene holdes ansvarlig som følge av nasjonale domstolars aksept av eller manglende kompensering for private krenkelser.¹³²

¹²⁷ Jf. Andrew Clapham, *The 'Drittwirkung' of the Convention*, I: The European system for the protection of human rights, edited by R. St. J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold, Dordrecht, 1993 s. 162-206 på s. 165.

¹²⁸ Jf. Ralf Brinktrine, *The horizontal effect of human rights in German constitutional law: The British debate on horizontality and the possible role model of the German doctrine of "mittelbare Drittwirkung der Grundrechte"*, I: European Human Rights Law Review nr. 4 2001, s. 421-432 på s. 424.

¹²⁹ Jf. Clapham, op. cit. s. 165.

¹³⁰ Lawson, op. cit. s. 91. I Norge kan ikke rettighetene sies å være gjennomført på en slik måte at de generelt også innebærer forpliktelser for private rettssubjekter.

¹³¹ Denne praksisen går helt tilbake til de første avgjørelsene til Kommisjonen, se f.eks. *X mot Sverige*, Application no 172/56 i *Yearbook of the ECHR*, Vol. 1 s. 211.

¹³² Jf. Clapham, op. cit. s. 166-167.

EMKs lære om statenes positive forpliktelser har nok hentet inspirasjon fra tysk konstitusjonell teori, som er meget utviklet på området,¹³³ men den kan også sies å ha en viss støtte i konvensjonens art. 1. Det følger av denne at statene er forpliktet til å ”sikre” de rettigheter og friheter som er beskyttet av konvensjonen.¹³⁴ Også prinsippet i art. 13 om at statene må sørge for at påståtte krenkelser kan få et effektivt rettsmiddel ved en nasjonal myndighet har vært trukket frem som grunnlag for de positive pliktene.¹³⁵ Hovedsakelig må imidlertid grunnlaget for statenes positive plikter sies å være skapt gjennom praksis ved Domstolen.¹³⁶ Bakgrunnen for Domstolens innfortolkning av positive plikter er blant annet effektivitetsprinsippet og betraktningen om at konvensjonen ”is designed to safeguard the individual in a real and practical way as regards those areas with which it deals.”¹³⁷

Det er likevel klart at det finnes grenser for hvor langt effektivitetsprinsippet og en dynamisk tolkning kan rekke som grunnlag for å fastsette positive plikter. I *Johnston m.fl. mot Irland* uttaler Domstolen:

”It is true that the Convention and its Protocols must be interpreting the light of present-day conditions (...). However, the Court cannot, by means of an evolutive interpretation, derive from these instruments a right that was not included therein at the outset. This is particularly so here, where the omission was deliberate.”¹³⁸

¹³³ Se f.eks. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, 1996.

¹³⁴ En fortolkning av uttrykket ”sikre” som skulle innebære positive forpliktelser for statene var nok neppe tilsiktet da konvensjonen ble opprettet, jf. Peter van Dijk, op. cit. s. 18.

¹³⁵ Jf. Mowbray, op. cit. s. 5.

¹³⁶ De første sakene som brukte uttrykket ”positive obligation” var *Marckx mot Belgia*, A 31 (1978) og *Airey mot Irland*, A 32 (1978).

¹³⁷ Jf. *Airey mot Irland* avsnitt 26 og Peter van Dijk, op. cit. s. 19.

¹³⁸ A 112 (1985) avsnitt 53.

Også i andre saker har Domstolen veket tilbake fra å fastslå positive plikter for statene.¹³⁹

Når det gjelder fastleggingen av hvilke rettigheter som gir opphav til positive plikter, må det blant annet foretas en interesseavveining mellom individ og samfunn. I saken *Rees mot Storbritannia*¹⁴⁰ uttales det at "[i]n determining whether or not a positive obligation exists, regard must be had to the fair balance that has to be struck between the general interest of the community and the interests of the individual, the search for which balance is inherent in the whole of the Convention."¹⁴¹ Denne balansegangen mellom individets og fellesskapets interesser vil nødvendigvis måtte variere etter omstendighetene i den konkrete sak. Et annet poeng er trukket frem av Peter van Dijk, som hevder at Domstolen:

"is prepared to read implied positive obligations in the Convention's provisions if and to the extent that it deems this necessary for the effectiveness of those provisions, but shows restraints if this 'reading in' would result in the creation of a completely new obligation detached from the text of the provision, or in accepting the existence of an obligation the contents and scope of which do not (yet) have common ground in the member states..."

En rekke av sakene hvor Domstolen har fastslått positive forpliktelser for statene har omhandlet rettigheter hvor EMK gir statene rett til å gjøre inngrep i disse på nærmere bestemte vilkår (se art. 8, 9, 10 og 11 nr. 2). Disse vilkårene vil også være et ledd i vurderingen når Domstolen fastsetter positive plikter for statene.¹⁴² Og også når det gjelder de positive pliktene vil statene ha en viss skjønnsmargin.¹⁴³ Men Domstolen har

¹³⁹ Se f.eks. *Abdulaziz, Cabales and Balkandali mot Storbritannia*, A 94 (1983) avsnitt 68 angående familiegjenforening, *Rees mot Storbritannia*, A106 (1985) og *Cossey mot Storbritannia*, A 184 (1989).

¹⁴⁰ A 106 (1985).

¹⁴¹ Id. ved avsnitt 37.

¹⁴² Id. Se også *Stjerna mot Finland*, A 299-B (1993) hvor en av dommerne hevdet at "to construe the notion of 'interference' so as to cover facts capable of breaching the obligation incumbent on the State under Article 8 § 1, whether negative or positive" var å foretrekke.

¹⁴³ Jf *Keegan mot Irland*, A290 (1993) avsnitt 49.

også innfortolket positive plikter i rettigheter som er av absolutt karakter. Her er det imidlertid ikke rom for en interesseavveining, hvorvidt det foreligger positive plikter når det gjelder disse rettighetene må avgjøres på bakgrunn av om dette er nødvendig for en effektiv beskyttelse av rettighetene.¹⁴⁴

Hvilke plikter kan så oppstilles for staten når det gjelder de sanksjonene som børsen ilegger? Eventuelle positive plikter i art. 6 og protokoll 7 art. 4 må fremkomme på bakgrunn av en tolkning av de aktuelle bestemmelsene i EMK. Det må altså vurderes hvorvidt de enten direkte kan sies å inneholde positive forpliktelser eller om positive forpliktelser er nødvendig for en effektiv beskyttelse av rettighetene. Det vil føre for langt innenfor rammene av denne oppgaven å foreta en fullstendig analyse på dette punkt, og en del av forpliktelsene som kan oppstilles er allerede tilfredsstilt gjennom dagens ordning. Jeg vil derfor nøye meg med å skissere noen løsninger på dette punktet.

Som nevnt er EMK art. 6 en av de få bestemmelsene i konvensjonen hvor ordlyden direkte kan sies å danne grunnlag for positive plikter. Statene må her for det første sørge for en infrastruktur når det gjelder domstoler og domstolslignende organer, og at disse oppfyller konvensjonens krav til rettferdig rettergang. Kravene i art. 6 (1) vil gjelde uavhengig av om børsens sanksjoner er straff i konvensjonens forstand, ettersom bestemmelsene her også gjelder ved avgjørelsen av ”borgerlige rettigheter og plikter”. Behandlingen ved børsklagenemnden synes å kunne tilfredsstille de fleste av kravene for sivile saker, og det vil også være mulig å bringe vedtakene inn for domstolene med krav om at vedtaket kjennes ugyldig. Mulige svakheter ved saksbehandlingen som for eksempel at saksbehandling for børsen/børsklagenemnden er skriftlig og uten offentlig rettsmøte vil da kunne bli avhjulpet.¹⁴⁵ Det kan også tenkes at staten må sørge for fri

¹⁴⁴ Jf Van Dijk, op. cit. s 26 flg. med videre henvisninger.

¹⁴⁵ Domstolen synes å være relativt fleksibel med hensyn til når kravene om rettferdig rettergang må være oppfylt. En sak kan for eksempel avgjøres administrativt så lenge kravene etter EMK art. 6 kan oppfylles ved en eventuell anke, jf. van Dijk og van Hoof, op. cit. s. 424-426. Domstolene i Norge vil ha begrenset mulighet til å overprøve børsens/børsklagenemndens skjønn, men dette er trolig ikke i strid med EMK så lenge domstolene kan prøve det faktiske grunnlaget for ileggelsen.

rettshjelp også i denne typen saker, jf *Airey mot Irland*. Prinsippet om likestilling mellom partene ("equality of arms") skulle tilsi at børsen også må legge frem bevis som taler i favør til adressaten for sanksjonen, for eksempel data fra børsens elektroniske handelssystem.¹⁴⁶

Prinsippet om likestilling mellom partene er særlig viktig for saker om straff, se *Rowe og Davis mot Storbritannia*, hvor Domstolen uttaler:

"The right to an adversarial trial means, in a criminal case, that both the prosecution and defence must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the other party (...) In addition Article 6 § 1 requires (...) that the prosecution authorities disclose to the defence all material evidence in their possession for or against the accused"¹⁴⁷

I den grad reaksjoner fra private rettssubjekter kan utgjøre straff (jf under i pkt. 4.2.), vil vel utgangspunktet være at statene også må sørge for at minimumskravene i art. 6 (2) og (3) blir oppfylt, for eksempel ved å stille krav gjennom lovgivningen til saksbehandlingsmåten for illeggelse av private sanksjoner. I *Barberá, Messegué og Jabardo mot Spania* uttaler Domstolen blant annet at uskyldspresumsjonen i art. 6 (2) innebærer at "the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused."¹⁴⁸ Bevisene trenger ikke være absolutt entydige, men avgjørelsen må kun baseres på de bevisene som har kommet frem under saksbehandlingen. I praksis betyr dette eksempelvis at en sanksjon ikke kan begrunnes med at vedkommende også har brutt regelverket tidligere uten at børsen fant grunn til å reagere da, med mindre det legges frem bevis for dette under saksbehandlingen.

¹⁴⁶ Se mer om "equality of arms" i van Dijk og van Hoof, op. cit. s. 430-432.

¹⁴⁷ Avgjørelse av 16. februar 2000, Reports 2000-II. Uttalelsen bygger riktignok på en forutsetning av at det er påtalemyndigheten som er motpart, og påtalemyndigheten har som kjent flere prosessuelle rettigheter enn andre parter. I hvilken grad tilsvarende hensyn vil gjøre seg gjeldende når det ikke er påtalemyndigheten som er motpart er noe usikkert.

Andre positive plikter som det etter omstendighetene kan være aktuelt å påberope er for eksempel retten til å innkalle og avhøre vitner etter art. 6 (3) litra d og retten til å forholde seg taus og ikke bidra til sin egen domfellelse.¹⁴⁹

Når det gjelder forbudet mot dobbeltstraff i protokoll 7 art. 4 er ikke grunnlaget for positive plikter like klart, men for effektivt å forhindre muligheten for dobbeltstraff må vel statene forby ileggelse av private straffesanksjoner i etterkant av en offentlig straffeanklage, og også la vær å forfølge saker som først har blitt ilagt privat straffesanksjon.¹⁵⁰

3.4 Konklusjon

Selv om børsen muligens ikke kan anses som et offentlig organ, vil staten likevel kunne holdes ansvarlig for eventuelle krenkelser av rettighetene som børsen står bak. Ansvarer oppstår som følge av at konvensjonen i enkelte tilfeller innebærer positive forpliktelser for staten. Disse pliktene innebærer at staten kan bli nødt til å gripe inn og sikre at rettighetene i konvensjonene blir ivaretatt også i mellom-private forhold. Den raske gjennomgangen av art. 6 og protokoll 7 art. 4 viser at det er flere positive forpliktelser som kan bli aktuelle i forbindelse med børsens sanksjonsileggelse. Men det er også grunn til å understreke at en rekke av forpliktelsene som konvensjonen innebærer allerede er tilgodesett med dagens system.

Ved at statene kan bli forpliktet til å sikre at rettighetene ikke krenkes av private rettssubjekter, får konvensjonen også en viss betydning i mellom-private forhold. På det overnasjonale planet vil imidlertid en konvensjonsklage som er rettet mot en privat part bli avvist av domstolen. Og på nasjonalt plan kan ikke en direkte anvendelse av konvensjonen i mellom-private forhold utledes av konvensjonen selv. Dette må i så fall bero på gjennomføringen av rettighetene i den interne lovgivningen i det enkelte land.

¹⁴⁸ A 146 (1988).

¹⁴⁹ Jf. *Funke mot Frankrike*, A 256-A (1993).

¹⁵⁰ Dette siste er vel en mer et eksempel på en negativ plikt etter konvensjonen.

4 Kan børsens sanksjoner anses som straff i EMKs forstand

4.1 Innledning

Et sentralt spørsmål når det gjelder EMKs relevans når det gjelder børsens sanksjoner er spørsmålet om disse sanksjonene er ”straff” i EMKs forstand. Prinsipielt kan det ikke utelukkes at EMK kan ha en viss relevans i forhold til børsens sanksjoner selv om de ikke anses for å være straff, eksempelvis er det mulig at Domstolen kan oppstille positive plikter for medlemsstatene til å sørge for at den som risikerer å bli ilagt en reaksjon som ikke er straff i konvensjonens forstand har noen av de samme minimumsrettighetene som en straffesiktet etter EMK art. 6 nr 2 og nr 3.¹⁵¹ EMK vil imidlertid ha klart størst betydning dersom sanksjonene faller inn under konvensjonens straffebegrep.

Spørsmålet om børsens sanksjoner kan utgjøre straff (*”criminal charge”, ”criminal offence”*) i konvensjonens forstand må i prinsippet vurderes konkret i forhold til de forskjellige grunnlagene for sanksjonsvedtak. Som det vil gå frem kan det godt tenkes at kun enkelte typer av sanksjonsvedtak går inn under begrepet straff.

I det følgende vil jeg ta utgangspunkt i EMK art. 6 og begrepet ”straffesiktelse” (*”criminal charge”*), og analysere dette begrepet med hensyn til børsens sanksjoner. Også EMKs protokoll 7 art. 4 opererer med et straffebegrep. Bestemmelsens første ledd lyder:

“1. No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.”

¹⁵¹ Jf. f.eks. *Airey mot Irland* hvor domstolen innfortolket en plikt for staten til å yte vedkommende rettshjelp, selv om dette var en sak om ”borgerlige rettigheter og plikter”. Se også note 38 om børsmedlemmenes og utstederforetakenes opplysningsplikt og selvinkrimineringsforbudet.

Ut fra bestemmelsens ordlyd kan det synes som om det er et vilkår at avgjørelsen er truffet i samsvar med den rettergangsordning som gjelder for behandling av straffesaker i vedkommende stat. I *Göktan mot Frankrike*¹⁵² legger imidlertid til grunn at protokoll 7 art. 4 ikke stiller krav om dette. Avgjørelsen bekrefter at EMK opererer med et konvensjonskonformt straffebegrep, slik at vurderingskriteriene etter art. 6 og protokoll 7 art. 4 blir de samme.¹⁵³¹⁵⁴

4.2 EMDs tolkning av begrepet straff

EMK art. 6 nr. 1 lyder i den engelske versjonen slik:

”Right to a fair trial

1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.”

Bestemmelsen gir rett til en rettferdig rettergang både i straffesaker og for visse typer sivile saker, og er den rettigheten som har vært hyppigst påberopt for

¹⁵² Dom av 2. juli 2002, Reports 2002-V.

¹⁵³ Jf også *Welch mot Storbritannia*, A 307-A (1994) og *Brown mot Storbritannia*, avgjørelse 23. november 1998, application no 38644/97.

¹⁵⁴ Når det gjelder andre særskilte problemstillinger vedrørende forbudet mot dobbeltstraff, nøyer jeg meg med å vise til artikkelen til Jens Edvin A. Skoghøy, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i Den europeiske menneskerettskonvensjon protokoll 7 art. 4 nr. 1* (“*ne bis in idem*”), I: Tidsskrift for rettsvitenskap nr. 1 2003 s. 1-39.

konvensjonsorganene.¹⁵⁵ Bestemmelsens andre og tredje ledd fastslår uskyldspresumsjonen og visse minimumsgarantier i straffesaker. Disse bestemmelsene i art 6 (2) og (3) kommer bare til anvendelse ved straffbare handlinger ("criminal offence").

Når det gjelder forståelsen av begrepet straff fremgikk det tidlig av Domstolens praksis at dette begrepet var autonomt. Med bakgrunn i saken *Engel mfl. mot Nederland*¹⁵⁶ har det dannet seg følgende tre kriterier grunnlaget for vurderingen av dette begrepet: forholdets klassifisering etter nasjonal rett, karakteren av og formålet med den lovregel som anvendes ("the nature of the offence"), og innholdet og alvoret i den sanksjon det er tale om ("the nature and degree of severity of the penalty").¹⁵⁷ Disse kriteriene er etter Domstolens praksis alternative, men en straffanklage kan også følge av en helhetsvurdering av forholdet.¹⁵⁸

Når det gjelder utgangspunktet for vurderingen, klassifiseringen etter nasjonal rett, er forholdet til børsens sanksjoner klart – disse er ikke karakterisert som straff etter norsk intern rett.¹⁵⁹ Vurderingen etter det andre kriteriet – lovbruddets karakter og formålet med den lovregelen som anvendes – er derimot mer komplisert. Det er flere forhold Domstolen har vurdert under dette kriteriet. Et moment som har vært oppe flere ganger i forbindelse med disiplinærsaker er hvorvidt den samme handlingen rammes av både

¹⁵⁵ Jf. Erik Møse, *Menneskerettigheter*, Oslo, 2002 på s. 298.

¹⁵⁶ A 22 (1976).

¹⁵⁷ Ofte vil disse to kriteriene bli behandlet mer eller mindre samlet, jf. for eksempel *Bendenoun mot Frankrike*, A 284 (1994).

¹⁵⁸ Jf. *Garyfallou AEBE mot Hellas* Reports 1997 s. 1821 hvor domstolen uttaler: "the Court recalls that these criteria are alternative and not cumulative ones: for Article 6 to apply by virtue of the words "criminal charge", it suffices that the offence in question should by its nature be "criminal" from the point of view of the Convention, or should have made the person concerned liable to a sanction which, in its nature and degree of severity, belongs in general to the "criminal" sphere. (...) This does not exclude that a cumulative approach may be adopted where the separate analysis of each criterion does not make it possible to reach a clear conclusion as to the existence of a 'criminal charge'".

¹⁵⁹ Se likevel NOU 1985:33 hvor utvalget er av den oppfatning at å hjemle en sanksjonskompetanse for børsens står i et tvilsomt forhold til Grl. § 96.

strafferettslige og disiplinære regler. Et grunnleggende prinsipp er da at statene ikke kan komme utenom kravene i konvensjonen ved å forfølge saken i disiplinærsystemet. I *Ezeh og Connors mot Storbritannia* uttales det om dette:

“In explaining the autonomous nature of the concept of “criminal” in Article 6 of the Convention, the Court has emphasised that the Contracting States could not at their discretion classify an offence as disciplinary instead of criminal, or prosecute the author of a “mixed” offence on the disciplinary rather than on the criminal plane, as this would subordinate the operation of the fundamental clauses of Article 6 to their sovereign will. The Court's role under that Article is therefore to satisfy itself that the disciplinary does not improperly encroach upon the criminal (the above-cited *Engel and Others* judgment, § 81).”¹⁶⁰

Det synspunktet Domstolen kommer med her er relatert til disiplinærstraff, og dette kan ikke uten videre sammenlignes med de sanksjonene børsen ilegger. De underliggende hensynene må likevel være de samme – dersom staten kunne komme utenom kravene i art. 6 ved å velge en form for forfølgning istedenfor en annen, vil det være opp til statene om konvensjonen kommer til anvendelse eller ikke. Og dette er relevant i forhold til børsens sanksjoner. For når det gjelder enkelte av grunnlagene for sanksjonene er disse de samme som for en strafferettslig forfølgning (jf pkt. 2.2), og det bør da ikke kunne være opp til statene selv å bestemme om konvensjonskravene kommer til anvendelse eller ikke.¹⁶¹

Ved vurderingen av lovbruddets karakter har Domstolen også lagt vekt på om subjektive og objektive vilkår er de samme for illeggelse av tradisjonell straff. Når det gjelder det objektive gjerningsinnhold for sanksjonene refererer disse blant annet til

¹⁶⁰ Jf. Storkammerets dom av 09. oktober 2003, application no. 39665/98;40086/98.

¹⁶¹ Med grunnlag sikter jeg her til det faktiske grunnlaget for illeggelsen av sanksjonene. Som nevnt i pkt. 2.2 har børsen også anledning til å ilegge sanksjoner for forhold som ikke gir grunnlag for straff. Disse vil ofte falle utenfor EMKs straffebegrep ettersom det ikke egentlig kan sies å være sanksjoner, se under om dette.

gjerningsinnholdet i straffebed. Vilklårene i børslovens § 5-12 er for eksempel begrenset til "[v]ed brudd på denne lov, forskrifter..." osv. De subjektive elementene kan imidlertid synes å være forskjellige. Etter vphl. § 14-3 og børslovens § 9-1 stilles det krav om forsett eller uaktsomhet, mens ordlyden i børsloven/forskrifter/handelsregler når det gjelder børsens sanksjoner trekker i retning av at en objektiv overtredelse av reglene er nok. I så fall skulle dette tale mot at sanksjonene er straff i EMKs forstand, jf. drøftelsen i Rt.2002 s. 1007 på s. 1010.¹⁶²

Børsklagenemnden har imidlertid uttalt i forbindelse med en sak om brudd på børsforskriftens § 13-3 om offentliggjøring av kursnoteringene at det er "naturlig å innfortolke et slikt skyldkrav også i relasjon til bestemmelsen i børsforskriftens § 13-3 annet ledd".¹⁶³ Om tilsvarende gjelder for alle overtredelser børsen kan ilegge sanksjoner for sies det ingen ting om, men uttalelsen trekker i hvert fall i retning av at en tilsynelatende forskjell i vilklårene ikke kan tillegges for stor vekt. Viktigere er det da at selve ileggelsen av sanksjonene til en viss grad er opp til børsens (og børsklagenemndens) skjønn, jf. ordet "kan" i de relevante bestemmelsene og uttalelsene i NOU 1999:3 pkt. 21.2.¹⁶⁴ Riktignok har påtalemyndigheten en viss skjønnsmessig adgang til å innstille en forfølgning etter opportunitetsprinsippet, men noen alminnelig skjønnsmessig adgang til ikke å forfølge straffbare handlinger foreligger ikke. Det er altså en viss forskjell mellom vilklårene for ileggelse av sanksjonene og tradisjonell straff.

¹⁶² Personlig har jeg har vanskelig å forstå resoneringen her. Vel er det så at skyldkrav er et vanlig kjennetegn ved straffebestemmelser, men hvorfor skal det at en sanksjon/straff kan ilegges på objektivt grunnlag tale i retning av at dette ikke er straff? For individet vil jo en slik objektiv ileggelse kunne føles ekstra urettferdig, i og med at den kan ilegges uten noen konstatering av personlig skyld for forholdet.

¹⁶³ Jf. Børsklagenemndens avgjørelse i sak 2/2002 mot Fearnley Fonds ASA, tilgjengelig via Oslo Børs' nettsider: <http://www.oslobors.no/ob/vedtak>

¹⁶⁴ Utvalget uttaler her at "[k]lagenemnden vil således kunne nedsette gebyrer, og vil også kunne oppheve ilagte gebyrer selv om det for så vidt foreligger overtredelser, men hvor klagenemnden likevel ikke anser at det bør ilegges gebyr." Tilsvarende vil vel måtte gjelde for børsen.

Domstolen har også vært inne på bestemmelsenes rekkevidde, og hvorvidt bestemmelsene er rettet mot en bestemt gruppe av personer eller om det er snakk om generelt bindende normer.¹⁶⁵ Dersom reglene retter seg mot enhver i motsetning til mer lukkede systemer som for eksempel militære disiplinærregler, vil det lettere foreligge straff i konvensjonens forstand. Det er imidlertid mange typer straffebestemmelser som retter seg mot en bestemt gruppe mennesker, for eksempel offentlige tjenestemenn, foreldre/verger, fører av bil/skip osv. Som van Dijk og van Hoof peker på er ”the distinguishing feature implied in this criterion (...) not the number of addresses, but their quality as members of a specific group, combined with interests protected by the rule”¹⁶⁶

Børsens sanksjoner må sies å være rettet mot en bestemt avgrenset krets, i og med at den kun har hjemmel til å ilegge bøter til børsmedlemmer og børsnoterte finansielle instrumenter.¹⁶⁷ Sanksjonsadgangen til børsen må ses hen til de spesielle funksjonene adressatene har i børsystemet – børsmedlemmene skal for eksempel være en nøytral mellommann mellom kjøper og selger av børsnoterte instrumenter. At disse opptrer hederlig er en forutsetning for at børsen skal kunne fungere som markedsplass. De kan derfor sies å ha ”a special relationship of obligation” med hensyn til børsregelverket.¹⁶⁸ På den annen side angår børsen allmennheten på en helt annen måte enn hva for eksempel disiplinærregler i militæret og fengsler gjør.¹⁶⁹ Antakelig er det mulig å argumentere begge veier her, selv synes jeg dette momentet trekker svakt i retning av at sanksjonene ikke er straff.

¹⁶⁵ Jf. blant annet *Campbell and Fell mot Storbritannia*, A20 (1984), *Bendenoun mot Frankrike*, A 284 (1994) og Storkammerets dom i *Ezeh og Connors mot Storbritannia*, 09. oktober 2003, application no. 39665/98;40086/98.

¹⁶⁶ Jf. P. van Dijk og G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3. utg., Haag, 1998 s. 411.

¹⁶⁷ Andre som bryter de samme reglene må eventuelt straffeforfølges av det offentlige.

¹⁶⁸ Uttrykket er hentet fra den sveitsiske statens argumentasjon i saken avsnitt 31. Domstolen var derimot av den oppfatning at reglene ikke rammet en spesiell gruppe, men potensielt kunne ramme enhver.

¹⁶⁹ Jf. pkt 2.1.

Når det gjelder formålet med sanksjonene er ikke dette kommentert spesielt i forarbeidene til børsloven. Det nærmeste jeg finner er en uttalelse om at strykning av børsnoterte verdipapirer ”kan ha, men har ikke nødvendigvis, sanksjonsformål.”¹⁷⁰ Personlig har jeg vanskelig for å se at det ”sanksjonsformålet” det her siktes til noe annet enn et pønalt formål. Bestemmelsene må kunne sies å ha en individual- og allmennpreventiv og karakter, hvor det vesentlige er å sørge for etterlevelse av børsregulverket. Men også for eksempel erstatningsregler vil ha prevensjon som formål, så dette vil ikke i seg selv være avgjørende. Til en viss grad kan vel også overtredelsesgebyrene ses på som en erstatning (reparasjon) til børsen for tapt tillit i markedet m.v. (dette vil imidlertid ikke gjelde for suspensjoner og strykninger).

Antakelig må man skille her mellom overtredelsesgebyrene, som i hovedsak synes å være pønalt begrunnet, og vedtak om suspensjon, strykning av børsnoterte instrumenter og opphør av børsmedlemskap. Sistnevnte sanksjoner fungerer i stor grad som en kontroll av at visse minimumsvilkår er oppfylt for børsmedlemmene og børsnoterte finansielle instrumenter. Dersom et børsmedlem ikke lenger tilfredsstiller kravet om forsvarlig egenkapital¹⁷¹ og børsmedlemskapet blir opphevet av den grunn, vil ikke et vedtak om suspensjon/strykning kunne sies å ha ”sanksjonsformål”. Et slikt vedtak vil ikke først og fremst være begrunnet i prevensjonshensyn og et ønske om å straffe, men derimot å sikre at lovens krav når det gjelder vilkår for å kunne være børsmedlem er tilfredsstilt. Noe tilsvarende vil gjelde dersom et børsnotert selskap for eksempel endrer vedtektene slik at aksjene ikke lenger er fritt omsettelige.¹⁷² Etter min mening er det rent språklig vanskelig å karakterisere disse vedtakene som ”sanksjoner”, og de kan neppe være ”straff” i EMKs forstand heller. I så fall vil det altså kunne være nødvendig å gå nærmere inn på det faktiske grunnlaget for vedtaket for å avgjøre om vedtaket det er tale om egentlig er en sanksjon, eller om det mer er snakk om *tilbakekall av en (offentlig) tillatelse* (se under). At vedtakene etter børslovens kapittel 5 til dels har forskjellig

¹⁷⁰ Jf. NOU 1999:3 pkt 9.13.

¹⁷¹ Jf. børsloven § 5-4.

¹⁷² Jf. børsloven § 5-8 og børsforskriften § 2-4.

formål kan imidlertid ikke være et hinder for at enkelte av vedtakene kan anses for å være "straff".¹⁷³

Det tredje og siste av Engelkriteriene – innholdet og alvoret i den reaksjonen det er tale om – har ofte vært det kriteriet som har vært avgjørende for Domstolen. Særlig vil frihetsberøvelse over en viss tid gjøre art. 6 anvendelig.¹⁷⁴ Men også andre reaksjoner kan i visse tilfeller utgjøre straff. Når det gjelder bøter uttaler for eksempel van Dijk og van Hoof:

"Outside the sphere of disciplinary proceedings, with respect to 'fiscal penalties', the Court has adopted the position that those penalties which are not compensatory in nature, but are of a punitive character, such as fines and disqualification, give the proceedings a criminal character for the purpose of Article 6."¹⁷⁵

Som allerede nevnt er det mye som tilsier at formålet med børsens overtredelsesgebyr ikke er erstatning, men det å stoppe og forhindre gjentakelse. Overtredelsesgebyrene kan også være svært store, 10 millioner for børsnoterte finansielle instrumenter og 2,5 millioner for børsmedlemmene. I de tilfeller hvor art. 6 har kommet til anvendelse har bøtene gjerne vært ledsaget av trussel om subsidiær fengselsstraff, se f.eks. *Salabiaku mot Frankrike*.¹⁷⁶ Børsen har derimot ikke noe grunnlag til å ilegge subsidiær fengselsstraff.¹⁷⁷ At dette ikke er avgjørende viser imidlertid *Lauko mot Slovakia*.¹⁷⁸

¹⁷³ Lovgiver vil for eksempel ha mulighet til å skille disse vedtakene fra hverandre gjennom en endring av børsloven, og det vil vel også i alminnelighet være klart på hvilket grunnlag børsen fatter vedtak om suspensjon/strykning.

¹⁷⁴ Jf. for eksempel *Engel mfl mot Nederland og Campbell og Fell mot Storbritannia*. I avgjørelsen av 4. mars 1978 i *Eggs mot Sveits*, application no. 7341/76, Decisions & Reports 15 (1978), var Kommisjonen av den oppfatning at frihetsberøvelsen ikke var langvarig nok til å begrunne anvendelse av art. 6.

¹⁷⁵ P van Dijk og G. J. H. Hoof, op. cit. s. 416.

¹⁷⁶ A 141-A (1988).

¹⁷⁷ Sanksjonene blir heller ikke inntatt i et offentlig register, jf. eksempelvis *Ravnsborg mot Sverige*, A 283-B (1994). Sanksjonene offentliggjøres derimot av børsen, og er ofte gjenstand for pressedekning.

Klageren ble her ilagt en liten bot på 300 slovakiske kroner, og det var ingen trussel om fengselsstraff. Dette var imidlertid ikke nok til å fjerne bestemmelsens ”inherently criminal character”.¹⁷⁹

Når det gjelder reaksjoner som verken innebærer frihetsberøvelse eller bøter er konvensjonspraksisen mer sparsom. Børsens vedtak om suspensjoner, strykning av børsnoterte instrumenter og opphør av børsmedlemskap faller inn under denne kategorien, og de kan delvis ses på som et tilbakekall av en offentlig tillatelse. De avgjørelsene som foreligger fra EMD om disse spørsmålene er stort sett avvisningskjennelser. Saken *Manasson mot Sverige* gjaldt tilbakekall av drosjelisens på grunn av skatte- og avgiftsforsømmelser, og Domstolen uttaler her:

”The Court considers that the revocation of the licence did not constitute a determination of a criminal charge against the applicant. Although it may be regarded as a severe measure, what was decisive for the revocation was the applicant’s suitability to run a commercial taxi business and, more specifically, whether he fulfilled the conditions therefor under administrative law provisions. Thus, the revocation cannot be characterised as a penal sanction and the nature of the relevant proceedings accordingly cannot be regarded as criminal.”¹⁸⁰

Tilsvarende ble resultatet i *Tre Traktörer AB mot Sverige*¹⁸¹ hvor tilbakekall av en skjenkebevilling heller ikke ble ansett for å være en straffereaksjon. I *D. C., H. S. og A. D mot Storbritannia*,¹⁸² tok domstolen opp spørsmålet om en såkalt ”disqualification order” (en slags konkursskarantene) måtte regnes som straffeanklage. Domstolen

¹⁷⁸ Reports 1998–VI (1998).

¹⁷⁹ Se dommens avsnitt 58. Domstolen la vekt på at bestemmelsen var en generelt bindende regel, og at formålet med reaksjonen var pønalt. Det kan altså virke som om reaksjonen gikk inn under art. 6 ut i fra det andre kriteriet – lovbruddets karakter og bestemmelsens formål. Domstolen foretok ikke noe egentlig skille mellom kriteriene, men foretok en helhetsvurdering av forholdet.

¹⁸⁰ Avvisningskjennelse av 8. april 2003, application no. 41265/98. Saken ble senere forliket mellom partene.

¹⁸¹ A 159 (1989).

¹⁸² Avgjørelse av 14. september 1999, application no 39031/97.

konkluderte med at "[i]n the present case, the proceedings were classified as civil in domestic law, the disqualification of directors is a matter which is regulatory rather than criminal, and the « penalty » is neither a fine nor a prison sentence, but rather a prohibition on acting as a company director without the leave of the court. Whilst a great deal was undoubtedly at stake for the applicants, it cannot be said that what is inherently a regulatory matter can thereby become a « criminal charge » within the meaning of Article 6 §1 of the Convention."

I Norge har spørsmålet vært reist om helsemyndighetenes suspensjon av legelicens var i strid med forbudet mot dobbeltforfølgning i protokoll 7 art. 4.¹⁸³ Høyesterett kom til at dette ikke var tilfelle, blant annet fordi formålet med reglene var å beskytte pasientene og det allmenne tillitsforholdet mellom lege og pasient. Praksis både fra Norge og Strasbourg tyder altså på at så lenge tilbakekallelsen er begrunnet i andre formål enn det å straffe vil den ikke rammes av art. 6, selv om reaksjonen i seg selv er tyngende.

Såfremt børsen ikke er et offentlig organ i konvensjonens forstand oppstår en annen særlig problemstilling. Kan reaksjoner ilagt av et privat rettssubjekt regnes for "straff"? Så vidt meg bekjent har Domstolen ikke tatt eksplisitt stilling til denne problemstillingen,¹⁸⁴ men dette kan i alle fall ikke gjelde generelt. Også reaksjoner som ilegges av private kan utvilsomt føles som et onde, og ha et visst slektskap med straff. Men en betraktning om at reaksjoner ilagt av private parter kan utgjøre straff vil støte an mot oppfatningen av at straff er noe som ilegges av det offentlige.¹⁸⁵ Og det er nærmest utenkelig at for eksempel en lengre husarrest for barn skal kunne gå inn under art. 6. En

¹⁸³ Dom av 8. september 2004, HR-2004-01487-A

¹⁸⁴ I *Albert og Le Compte mot Belgia*, A 58 (1983) hevdet Le Compte at Legeforeningens suspensjon av legelicens var straff etter EMK art. 6, men Domstolen fant det ikke nødvendig å vurdere dette nærmere. Tilsvarende blir problemstillingen reist, men ikke drøftet, i Rt. 2002 s. 1007. Spørsmålet var her om det var i strid med EMK protokoll 7 art. 4 å straffe en mann for brudd på strl. § 403 etter at han var ilagt gebyr av Oslo Sporveier. Høyesterett kom til at gebyret fra Oslo Sporveier ikke var straff etter EMK.

¹⁸⁵ Jf. Andenæs' definisjon av straff: Straff er et onde som *staten* tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertrædelsen, i den hensikt at han skal føle det som et onde. En betraktning om at straff i juridisk forstand ilegges av det offentlige må vel gjelde i de fleste land, uten at jeg har sjekket dette nærmere.

vid forståelse av begrepet straff her vil kunne medføre et økt antall saker for domstolene, med de utgiftene dette vil medføre for statene.¹⁸⁶ Antakelig må man kreve en eller annen forbindelse til de offentlige myndigheter, og det enkleste vil vel være om grensen trekkes tilsvarende som for offentlig organ (jf. pkt 3.2).¹⁸⁷ Om Domstolen vil velge dette kriteriet, eller om det vil være tilstrekkelig med en løsere tilknytning er det vanskelig å si noe sikkert om. Sanksjonskompetansen kan muligens også ses på som en delegasjon fra offentlige myndigheter, og i så fall må vil vel tilbake til utgangspunktet om at statene ikke kan fraskrive seg ansvaret etter konvensjonen.

4.3 Konklusjon

Som vi har sett er det mye som tyder på at suspensjoner, strykninger og opphør av børsmedlemskap ikke er straff i konvensjonens forstand, i hvert fall så lenge vedtakene fattes for at lovens vilkår vedrørende adressatene er tilfredsstilt. Når det gjelder overtredelsesgebyrene er bildet mer komplisert. Det som i første rekke trekker i retning av at gebyrene er straff er formålet, som må sies å være pønalt, og størrelsen på bøtene. For handlinger som også kan forfølges strafferettslig, vil statene heller ikke kunne velge fritt i hvilket system handlingen skal forfølges. På den annen side er det for eksempel ikke mulighet for fengselsstraff. Reglene kan også sies å være rettet mot en bestemt gruppe og ikke befolkningen i alminnelighet. Etter min mening er det likevel ikke usannsynlig at Domstolen etter en helhetsvurdering kan komme til at sanksjoner av denne typen er en straff, særlig dersom børsen kan regnes som et offentlig organ.

¹⁸⁶ Overbelastning av domstolene er ellers ingen unnskyldningsgrunn for ikke å tilfredsstille konvensjonens krav, dette er for eksempel et stort problem for Italia med hensyn til at saker skal avgjøres innen rimelig tid.

¹⁸⁷ Dersom man legger til grunn en vid forståelse av begrepet offentlig organ, vil også behovet bli mindre for å inkludere private reaksjoner i begrepet straff.

5 Oppsummering

Problemstillingen i denne oppgaven har vært hvorvidt EMK har noen relevans i forhold til sanksjonene børsen ilegger. Analysen viser at det kan være grunnlag for dette, men at rettskildematerialet ikke gir grunnlag for et ensidig svar. Som vi har sett, er det flere mulige grunnlag for å anvende konvensjonen på denne typen reaksjoner. Drøftelsen av hvilke organer myndighetene svarer for indikerer at børsen er et offentlig organ når den ilegger sanksjoner, og at staten dermed må sørge for at rettighetene i konvensjonen blir ivaretatt. Dette gjelder særlig ut i fra en funksjonell forståelse av begrepet offentlig organ, og ut i fra den nære tilknytningen mellom børsen og det offentlige. Hensynet til en effektiv beskyttelse av rettighetene i EMK tilsier at realitetene må legges til grunn her, og ikke en formell betraktning om at børsen er et privat rettssubjekt. Konklusjonene på dette punktet er imidlertid usikre, ettersom verken rettspraksis eller konvensjonsteksten gir et klart grunnlag for denne slutningen.

EMK kan også medføre krav for myndighetene som følge av konvensjonens positive forpliktelser. Disse forpliktelsene må myndighetene i prinsippet overholde uavhengig av om børsen er et offentlig organ eller ikke. Det er først og fremst dersom sanksjonene kan regnes som straff at det kan oppstilles positive plikter som er relevant i denne sammenhengen. Men som jeg har vært inne på er det langt fra sikkert om sanksjonene er straff i konvensjonens forstand dersom børsen ikke kan regnes som et offentlig organ. Og dersom sanksjonene ikke er straff, vil altså ikke de mer omfattende forpliktelsene som gjelder for straffeanklager komme til anvendelse (med mindre noen av disse er nødvendig for en rettfærdig rettergang etter art. 6).

Når det gjelder spørsmålet om børsens sanksjoner er straff i konvensjonens forstand, kan det være grunn til å sondre mellom vedtak som fattes for å sørge for at lovbestemte vilkår er oppfylt, og vedtak med "sanksjonsformål". Det er først og fremst sistnevnte som vil være straff, men også her er løsningen usikker. Løsningen her avhenger kanskje av i hvilken grad man kan si at lovreglene har et pønalt formål, og om handlingene kan rammes av (andre) straffebestemmelser.

Som jeg var inne på innledningsvis, er det stadig flere som oppdager at EMK har en bredere nedslagsfelt enn man tidligere gikk ut i fra. Følgelig er det grunn til å tro at en del av de spørsmålene jeg har stilt i denne oppgaven vil bli nærmere avklart gjennom

praksis fra EMD i tiden som kommer. Og selv om konklusjonene i denne oppgaven er usikre, bør de ikke virke avskrekkende på de som ønsker å påberope seg EMK i nye sammenhengene. Det viser bare at det er desto større grunn til å få prøvet disse spørsmålene for domstolene.

6 Kilder

6.1 Rettspraksis

Saker fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen:

Airey mot Irland, A 32 (1978)

Albert og Le Compte mot Belgia, A 58 (1983)

Bankovic mfl mot Belgia mfl, avgjørelse av 12. desember 2001, applic. no. 52207/99

Barberá, Messegué og Jabardo mot Spania, A 146 (1988)

Bendenoun mot Frankrike, A 284 (1994)

Brown mot Storbritannia, avgjørelse av 23. november 1998, applic. no 38644/97

Campbell and Fell mot Storbritannia, A20 (1984)

Cabales and Balkandali mot Storbritannia, A 94 (1983)

Cossey mot Storbritannia, A 184 (1989)

Costello-Roberts mot Storbritannia, A 247-C (1994)

D. C., H. S. og A. D mot Storbritannia, avgjørelse av 14. september 1999, applic. no 39031/97

Davis mot Storbritannia, Reports 2000-II

Eggs mot Sveits, applic. no. 7341/76, Decisions & Reports 15 (1978)

Engel mfl mot Nederland, A 22 (1976)

Ezeh og Connors mot Storbritannia, Storkammerets dom av 09. oktober 2003, applic. no. 39665/98;40086/98

Funke mot Frankrike, A 256-A (1993)

Garyfallou AEBE mot Hellas, Reports 1997

Goddi mot Italia, A 76 (1984)

Golder mot Storbritannia, A 18 (1973)

Göktan mot Frankrike, Reports 2002-V

Irland mot Storbritannia, avgjørelse av 25. januar 1976, applic no. 5310/71, Yearbook of the ECHR Vol. 19

Johnston m.fl.mot Irland, A 112 (1985)

Keegan mot Irland, A 290 (1993)

Kjeldsen, Busk, Madsen & Pedersen mot Danmark, A 23 (1976)

Lauko mot Slovakia, Reports 1998–VI
Loizidou mot Tyrkia, Reports 1996 – VI og Kommisjonens avgjørelse i A 310 (1993)
Manasson mot Sverige, avgjørelse av 8. april 2003, applic. no. 41265/98
Marckx mot Belgia, A 31 (1978)
Maxwell mot Storbritannia, Kommisjonens avgjørelse av 02. april 1991, applic. no. 18949/91
Maxwell mot Storbritannia, A 300-C (1993)
Ravnsborg mot Sverige, A 283-B (1994)
Rees mot Storbritannia, A 106 (1985)
Salabiaku mot Frankrike, A 141-A (1988)
S.P.R..L. ANCA m.fl. mot Belgia, avgjørelse av 10. desember 1984, applic. no. 10259/83
Stjerna mot Finland, A 299-B (1993)
Tre Traktörer AB mot Sverige, A 159 (1989)
Tyrer mot Storbritannia, A 26 (1978)
Van der Mussele mot Belgia, A 70 (1983)
Weber mot Sveits, A 177 (1990)
Welch mot Storbritannia, A 307-A (1994)
Wemhoff mot Tyskland, A 7 (1966)
Wille mot Liechtenstein, Reports 1999-VII
X mot Sverige, applic. no. 172/56, Yearbook of the ECHR, Vol. 1
X. mot Østerrike, applic. no. 1706/62

Saker fra Norge:

Høyesteretts dom av 8. september 2004 (HR-2004-01487-A)

Rt. 2003 s. 1221

Rt. 2003 s. 1100

Rt. 2003 s. 394

Rt. 2002 s. 1271

Rt. 2002 s. 1216

Rt. 2002 s. 1037

Rt.2002 s. 1007

Rt 2000 s. 996

Rt. 2002 s. 557

Rt. 2002 s. 509

Borgarting lagmannsretts kjennelse av 16. januar 2001 (LB-2000-03772)

Børsklagenemndens sak 2/2002 mot Fearnley Fonds ASA

Saker fra Storbritannia:

Popular Housing and Regeneration Community Association Ltd mot Donoghue, [2001] 3 W.L.R. 183

R v Chief Rabbi of the United Hebrew Congregation of Great Britain and the Commonwealth, ex p Wachman [1992] 1 WLR 1036

R mot Electricity Commissioners, ex p London Electricity Joint Committee Company (1920) Ltd, [1924] 1 KB 171

R v Panel of Take-Overs and Mergers, ex p Datafin, [1987] QB 815 og *R v Disciplinary Committee of the Jockey Club, ex p Aga Khan*, [1993] 1 WLR 909

Saker fra USA:

Blum mot Yaretsky, 457 U.S. 991 (1982)

Burton mot Wilmington Parking Authority, 365 U.S. 715 (1961)

CBS, Inc. mot Democratic Nat. Comm., 412 U.S. 94 (1974)

Edmonson mot Leesville Concrete Co., 500 U.S. 614 (1991)

Flagg Bros., Inc. mot Brooks, 436 U.S. 149 (1978)

Gilmore mot Montgomery, 417 U.S. 556 (1974)

Jackson mot Metropolitan Edison Co., 419 U.S. 345 (1974)

Marsh mot Alabama, 326 U.S. 501 (1946)

Moose Lodge No. 107 mot Irvis, 407 U.S. 163 (1972)

Pennsylvania mot Board of Directors of Trusts, 353 U.S. 230 (1957)

Powe mot Miles, 407 F.2d 73 (2d Cir.1968)

Reitman mot Mulkey, 387 U.S. (1967)

6.2 Litteratur

Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, 1996

Hala Ayoub, *Comment: The State Action Doctrine in State and Federal Courts*, I: Florida State University Law Review 1984 s. 893 flg. (11 Fla. St. U.L. Rev. 893)

Knut Bergo, *Børs- og verdipapirrett*, Oslo, 1998

Ralf Brinktrine, *The horizontal effect of human rights in German constitutional law: The British debate on horizontality and the possible role model of the German doctrine of "mittelbare Drittwirkung der Grundrechte"*, I: European Human Rights Law Review nr. 4 2001

Peter Cane, *Church, State and Human Rights: Are Parish Councils Public Authorities*, I: Law Quarterly Review 2004 s. 41-48

Monica Carss-Frisk, *Public Authorities: The Developing Definition*, I: European Human Rights Law Review 2002 nr 3, 319-326

Andrew Clapham, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, 1993

Andrew Clapham, *The 'Drittwirkung' of the Convention*, I: The European system for the protection of human rights, edited by R. St. J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold, Dordrecht, 1993

Richard Clayton, Hugh Tomlinson with Carol George, *The Law of Human Rights*, bind 1, Oxford, 2000

J Coppel, *The Human Rights Act 1998: Enforcing the European Convention in Domestic Courts*, Chichester, 1999

Frode Elgesem, *Tolkning av EMK – Menneskerettsdomstolens metode*, I: Lov og Rett 2003 nr. 4/5 s. 203-230

Gerald Gunther og Kathleen M. Sullivan, *Constitutional Law*, 13. utg., New York, 1997

Lord Lester og D. P. Annick, *Human Rights Law and Practice*, Butterworths, 1999

Rick Lawson, *Out of Control. State Responsibility and Human Rights: Will the ILC's Definition of the 'Act of State' Meet the Challenges of the 21st Century*, I: The Role of the Nation State in the 21st Century, Haag, 1998

Siobhán McInerney, *The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and the Evolution of Fundamental Rights in the 'Private Domain'*, I: Renegotiating Westphalia, edited by Christopher Harding og C. L. Lim, Haag, 1999

G. Merrills, *The development of international law by the European Court of Human Rights*, 2. utg, Manchester, 1993

Laurids Mikaelsen, *European Protection of Human Rights; The Practice and Procedure of the European Commission of Human Rights on the Admissibility of Applications from Individuals and States*, Alphen aan den Rijn, 1980

Gillian Morris, *The Human Rights Act and the Public/Private Divide in Employment Law*, I: Industrial Law Journal 1998 s. 293-308 (27 ILJ 293)

Alastair Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, utgitt i serien Human Rights Law in Perspective, Oxford, 2004

Erik Møse, *Menneskerettigheter*, Oslo, 2002

Dawn Oliver, *The Frontiers of the State: Public Authorities and Public Functions under the Human Rights Act*, I: Public Law 2000 s. 476-493

Søren Prebensen, *Evolutionary interpretation of the European Convention on Human Rights*, I: Protection des droits de l'homme : la perspective européenne : mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal/Protecting human rights : the European perspective : studies in memory of Rolv Ryssdal (Festschrift til Rolv Ryssdal), édité par/edited by Paul Mahoney ... [et al.], Köln, 2000

Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, Oslo 1998

Henry Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, Princeton, 1980

Jens Edvin A. Skoghøy, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i Den europeiske menneskerettskonvensjon protokoll 7 art. 4 nr. 1 ("ne bis in idem")*, I: Tidsskrift for rettsvitenskap nr. 1 2003 s. 1-39

Peter Van Dijk, *'Positive Obligations' Implied in the European Convention on Human Rights: Are the States Still the 'Masters' of the Convention*, I: *The Role of the Nation-State in the 21st Century: Human Rights, International Organisations and Foreign Policy: Essays in Honour of Peter Baehr*. Monique Castermans-Holleman, Fried van Hoof & Jacqueline Smiths (eds.), The Hague, 1998

Pieter van Dijk og G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3. utg., Haag, 1998

Luzius Wildhaber, *Precedent in the European Court of Human Rights*, I: *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne : mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal/Protecting human rights : the European perspective : studies in memory of Rolv Ryssdal* (Festschrift til Rolv Ryssdal), édité par/edited by Paul Mahoney ... [et al.], Köln, 2000

